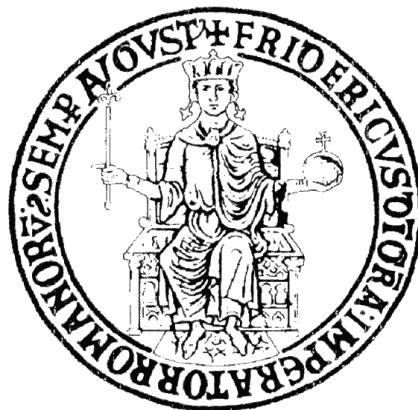


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

IN

“SOVRANITÀ E GIURISDIZIONE NELLA STORIA, NELLA TEORIA
E NEL DIRITTO CONTEMPORANEO”

XXIX CICLO

**ISTITUTI DI GIUSTIZIA RIPARATIVA E DIRITTO PENALE:
PROFILI DI COMPATIBILITÀ DOMMATICA E POLITICO -
CRIMINALE**

Relatore

Ch.mo Prof. Carlo Longobardo

Candidato

Dott. Raffaele Muzzica

Anno Accademico 2016/2017

Indice

Restorative Justice: un diverso ideale di giustizia	5
1.1. Le radici storiche e socio - criminologiche della <i>Restorative Justice</i>	5
1.1.1. Giustizia riparativa: processo o obiettivo?.....	14
1.2. Le forme tradizionali di Giustizia riparativa.....	18
1.3. Le virtù dei processi riparativi.	24
1.3.1. Il maggiore grado di soddisfazione della vittima.....	25
1.3.2. La riduzione del tasso di recidiva del reo	26
1.3.3. Il ruolo attivo della comunità nella gestione del conflitto	31
1.4. I vizi dei processi riparativi: la perdita delle garanzie dello Stato di diritto	34
1.4.1. I vizi dei processi riparativi: le alterazioni delle funzioni della pena	36
1.4.2. I vizi dei processi riparativi: i rischi di vittimizzazione secondaria.....	37
1.5. Le ragioni alla base dell'adozione di un modello massimalista di Giustizia riparativa.....	38
1.6. Quali direttrici per un rapporto tra Giustizia riparativa e giustizia tradizionale?	40
Giustizia riparativa, Costituzione e sistema penale	48
2.1. Giustizia riparativa, funzione della pena e sistematica teleologica: può la riparazione essere pena?	48
2.1.1. Giustizia riparativa e teoria retributiva: apparenti suggestioni, differenze sostanziali.	51
2.1.2. Giustizia riparativa e teorie della prevenzione negativa.	57
2.1.3. La Giustizia riparativa come vettore di integrazione sociale.	60
2.2. Giustizia riparativa e principio di legalità: un binomio non irriducibile.....	65
2.2.1. Un concetto sufficientemente determinato di “comunità”	68
2.2.2. Vittime o persone offese?	69
2.2.3. Risarcimento e riparazione: parziali analogie, differenze concettuali	71
2.3. La Giustizia riparativa alla prova degli altri principi costituzionali.	76
2.4. Giustizia riparativa e giusto processo.	80
2.5. Il risarcimento del danno in un'ottica teleologicamente orientata ai fini della Giustizia riparativa	90
2.6. Le nuove sanzioni civili introdotte dal d. lgs. 7 del 2016: un'occasione persa?.....	97
2.7. La riparazione delle conseguenze dannose o pericolose in un'ottica teleologicamente orientata ai fini della Giustizia riparativa.....	100
2.8. Rischi e occasioni dei lavori di pubblica utilità.	103
2.9. La Giustizia riparativa nel panorama delle fonti internazionali.....	105
2.10. La natura riparativa della sanzione nella giurisprudenza CEDU	110
La Giustizia riparativa “alla prova”: gli istituti sospensivi nel sistema penale ..	115
3.1. Le ragioni alla base del campo di indagine: perché gli istituti sospensivi.....	115
3.2. La sospensione del processo davanti al giudice di pace	117
3.3. La sospensione del processo con messa alla prova per i minorenni	120

3.4. La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti	124
3.5. Una prospettiva <i>de jure condendo</i> : dalla sospensione del processo con messa alla prova ad una rinnovata sospensione (condizionale) della pena	134
3.6. Una prospettiva <i>de jure condendo</i> : dalla liberazione condizionale all'affidamento in prova ai servizi sociali, la rifondazione di una vera <i>probation</i> esecutiva	143
Bibliografia	148

Capitolo I

Restorative Justice: un diverso ideale di giustizia

SOMMARIO: - 1.1. Le radici storiche e socio - criminologiche della *Restorative Justice*. - 1.1.1. Giustizia riparativa: processo o obiettivo?. - 1.2. Le forme tradizionali di giustizia riparativa.- 1.3. Le virtù dei processi riparativi. - 1.3.1. Il grado di soddisfazione della vittima. -1.3.2. La riduzione del tasso di recidiva del reo. - 1.3.3. Il ruolo attivo della comunità nella gestione del conflitto. - 1.4. I vizi dei processi riparativi: la perdita delle garanzie dello Stato di diritto. - 1.4.1. I vizi dei processi riparativi: l'alterazione delle funzioni della pena. - 1.4.2. I vizi dei processi riparativi: i rischi di vittimizzazione secondaria.- 1.5. Le ragioni alla base dell'adozione di un modello massimalista di giustizia riparativa. - 1.6. Quali direttrici per un rapporto tra giustizia riparativa e giustizia tradizionale?.

1.1. Le radici storiche e socio - criminologiche della Restorative Justice.

Con l'anglicismo *Restorative Justice*, ormai dominante nel dibattito internazionale, si intende descrivere un fenomeno complesso, crocevia di molteplici orientamenti culturali e oggetto di un notevole dibattito scientifico interdisciplinare. Da un punto di vista molto generale, la *Restorative Justice* rappresenta un ideale di gestione dei conflitti, in tutte le loro forme e dimensioni - anche e soprattutto extrapenali¹ - che si pone come alternativo alle modalità tradizionali, autoritative e punitive, di risoluzione degli stessi. La *Restorative Justice*, infatti, si articola attraverso strutture dialogiche tra le parti coinvolte nel conflitto, finalizzate alla riparazione dello stesso, qualunque forma assuma in concreto tale riparazione.

Come è noto, il conflitto e la sua gestione rappresentano degli elementi imprescindibili di ogni cultura o civiltà, che, «intesa nel suo ampio senso etnografico, è quell'insieme complesso che include la conoscenza, le credenze, l'arte, la morale, il diritto, il costume, e qualsiasi altra capacità e abitudine acquisita dall'uomo in quanto membro di una società²». All'interno dei modelli di comportamento che i membri del gruppo culturale acquisiscono e trasmettono mediante simboli tradizionali, particolarmente radicati nelle famiglie, nelle scuole, nelle comunità religiose, si riscontrano ideali sia di matrice punitiva che di ispirazione riparativa. D'altronde, è stato

¹ BRAITHWAITE J., *Principles of Restorative Justice*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, Von Hirsch A. - Roberts J. - Bottoms A. E. - Roach K. - Schiff M. (a cura di), Oxford e Portland, 2003, 1 ss.

² La citazione di Edward Tylor è ripresa da BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, 17 ss.

diffusamente sottolineato come il concetto di giustizia sia un prodotto culturale attraverso cui un determinato gruppo sociale cerca coesione e identità³.

Manifestazioni riconducibili al concetto di *Restorative Justice* si rintracciano nelle culture di antiche civiltà, non da ultimo in quella greca⁴ e cristiano - giudaica⁵. Tali culture talvolta contemplavano un approccio riparativo anche per reati efferati⁶ come l'omicidio. Per le comunità semplici, infatti, l'esclusione di alcuni membri dal consesso sociale, in seguito ai processi di stigmatizzazione connessi alla punizione del comportamento delittuoso tenuto dagli stessi, spesso produceva un danno diretto nei confronti dell'intero gruppo sociale, la cui sopravvivenza era fondata su una necessaria cooperazione ed un mutuo soccorso tra i suoi componenti⁷.

Ciò, al netto di letture idealizzanti - giacché l'elemento retributivo, *sub specie* di vendetta, era altrettanto presente nelle civiltà antiche⁸ e spesso intrecciato indissolubilmente con l'aspetto riparativo - permette di affermare che la *Restorative Justice* non è affatto un fenomeno recente ma anzi, secondo alcuni autori, essa costituirebbe addirittura un modello predominante nella storia dell'umanità⁹, quanto meno come latente *ratio essendi* di taluni specifici fenomeni culturali.

Nel periodo medievale pratiche non autoritative di risoluzione dei conflitti, *lato sensu* annoverabili in un *genus* descrittivamente qualificabile come *Restorative Justice*, erano ben diffuse soprattutto nell'esperienza germanica, in cui la cosiddetta "giustizia penale negoziata"¹⁰ rappresentava una modalità socialmente riconosciuta di risolvere i conflitti e di ristabilire gli equilibri violati, attraverso accordi intercorsi tra la vittima ed il reo.

³ LODIGIANI G. A., *Alla scoperta della giustizia riparativa. Un'indagine multidisciplinare*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, G. Mannozi - G. A. Lodigiani (a cura di), Bologna, 2015, 13 ss.

⁴ MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 11.

⁵ Cfr. WIESNET E., *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita*, 1980, trad. it. a cura di L. Eusebi, Milano, 1987 per la valorizzazione di un concetto di giustizia intesa come riconciliazione (*tsedāqāh*) presente già nelle Sacre Scritture; LODIGIANI G. A., *La prospettiva del rendere giustizia nel canone scritturistico ebraico - cristiano*, in *Themis - Rivista giuridica*, 3, 2011, 9, 41 ss.; per riferimenti a procedure riconciliative di risoluzione dei conflitti (*rīb*) nell'Antico Testamento cfr. MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *ult. op. cit.*, 50 ss.

⁶ VAN NESS D., *Crime and Its Victims: What We Can Do*, Leicester, 1986, 64; BRAITHWAITE J., *Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts*, in *Crime and Justice*, 1999, 25, 1 ss.; COLAMUSSI M. - MESTITZ A., voce *Restorative Justice* (Giustizia riparativa), in *Dig. Disc. Pen.*, Agg. V, Torino, 2010, 423 ss.

⁷ WALGRAVE L., *Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice*, in *Washington University Journal of Law and Policy*, 36, 2011, 94; COLAMUSSI M. - MESTITZ A., *op. cit.*, 423 ss.; BOTTOMS A., *Some sociological reflections on Restorative Justice*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, Von Hirsch A. - Roberts J. - Bottoms A. E. - Roach K. - Schiff M. (a cura di), Oxford and Portland, 2003, 79 ss. collega la *Restorative Justice* alle istanze tipiche di un sistema *Gemeinschaft*.

⁸ Cfr. BODEL R., *Tragedia e conflitto. I dilemmi dell'agire*, in AA.VV., *Metamorfosi del tragico tra classico e moderno*, Bari, 1991, 41 ss. per un'analisi del tema nell'antica Grecia attraverso la lettura della tragediografia; cfr., altresì, MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *ult. op. cit.*, 48 - 56 ss.; BARTOLI R., *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2016, 96 ss.

⁹ BRAITHWAITE J., *op. cit.*, 1 ss.

¹⁰ SBRICCOLI M., *Giustizia criminale*, in *Storia del diritto penale e della giustizia in Europa*, I, 2009, 4.

Queste forme di giustizia, per quanto non scevre da una dimensione vendicativo - catartica, erano basate su un concetto di appartenenza comunitaria e finalizzate alla protezione dei membri del gruppo in quanto tali dagli eccessi delle procedure pubbliche, appannaggio del potere istituzionale.

Anzi, è stato sottolineato come la dimensione punitiva risultasse, in realtà, una *extrema ratio* che fungeva da propellente per l'esperimento di molteplici soluzioni alternative, tutte basate sulla negoziazione e la riparazione. Tali soluzioni rappresentavano, invece, le prassi più diffuse, accettate e condivise, dalle quali ci si discostava soltanto nei rari casi in cui il tipo di reato lo richiedeva oppure quando l'autore non mostrava segni di recupero, inteso nel senso di reingresso del soggetto nella comunità dei pari.

Come è stato acutamente sottolineato, «gli storici, riflettendo su quelle culture e su quelle mentalità, dovrebbero forse dire “giustizia la prima, repressione la seconda”, e andrebbero molto più vicino al segno»¹¹.

«Composizioni, paci, accordi e transazioni, mediazioni e fideiussioni, compensazioni, reintegrazioni e risarcimenti, insieme a ritualità penitenziali o soddisfatorie, sono gli strumenti usuali della giustizia penale negoziata, in un sistema che vede i poteri pubblici come espressione di equilibri comunitari, e non alla stregua di delegati di una forma statale che a quegli equilibri si sovrappone»¹².

Nonostante il suo ruolo predominante nella gestione dei conflitti, la giustizia penale negoziata subì, per una serie di fattori, un brusco declino in gran parte d'Europa sul finire del Medioevo¹³. Secondo autorevole dottrina¹⁴, «è indubbio che tra XIII e XV secolo una trasmutazione radicale investe il sistema cittadino italiano, portandolo da una fase “comunitaria”, gestita con regole consuetudinarie, a una “autoritaria”, dominata da partiti e assemblee, che sfocerà in regimi signorili e poi in Stati territoriali strutturati, attenti a garantirsi forme efficaci di giurisdizione».

Anche da un punto di vista ideologico, la teologia cristiana in quel tempo iniziò a dismettere l'influenza critico - correttiva sul pensiero giuridico e penalistico che aveva caratterizzato il modello agostiniano, e cedeva sempre di più alla “tentazione vetero - testamentaria”¹⁵ di legittimare acriticamente i modelli della prassi giuridica, visti quale riflesso della punizione divina, in senso assolutistico e repressivo.

La trasmutazione dalla fase comunitaria a quella autoritaria ebbe indubbe ricadute anche sul sistema di controllo formale rappresentato dal diritto penale, geneticamente connesso ai fenomeni

¹¹ SBRICCOLI M., *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in M. Bellagamba - G. Schwerhoff - A. Zorzi (a cura di), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*, Bologna, 2001, 350.

¹² SBRICCOLI M., *Giustizia negoziata, giustizia egemonica*, cit., 357.

¹³ VAN NESS D., *op. cit.*, 66.

¹⁴ SBRICCOLI M., *Giustizia criminale*, 6.

¹⁵ WIESNET E., *op. cit.*, 143.

socio - politici contingenti. Il concetto di crimine mutò da lesione nei confronti di un altro individuo (*iniuria*) ad offesa alla maestà del sovrano¹⁶: questa fondamentale tecnica di accentramento del potere fungeva, inoltre, da potente vettore repressivo nei confronti di coloro che mettevano in discussione lo *status quo* politico e divino, entrambi tratti caratterizzanti della storia europea fino all'epoca dell'assolutismo regio¹⁷.

Ne derivò che “il disastroso matrimonio tra religione e potere politico”¹⁸, raggiungendo la massima espressione in quei secoli, esasperò la crudeltà del diritto penale, legittimandolo teologicamente quale strumento di potere incidente, non soltanto in senso metaforico, sui corpi dei sudditi¹⁹.

Il declino delle pratiche riparative non fu scalfito neanche dall'avvento dello Stato moderno: al contrario il monopolio statale dell'amministrazione della giustizia, ancorché finalizzato a soppiantare i brutali retaggi di un sistema basato sulla vendetta privata, è da annoverare tra le eredità dell'Illuminismo giuridico²⁰, i cui germi contribuirono a delineare un nuovo volto del diritto penale quale «sistema laico di risoluzione di conflitti funzionale all'ottimizzazione dell'interesse collettivo»²¹.

I frenetici mutamenti sociali connessi alle rivoluzioni del tempo provocarono il lento dissiparsi della struttura clanica della società, il che lasciava l'individuo vittima del reato solo dinnanzi al crimine e pressoché costretto a rivolgersi alla dimensione pubblica per ottenere giustizia²². Tuttavia il monopolio di giustizia pubblica, per quanto funzionale ad un modello astratto e egualitario rispetto alle discriminazioni annidate in un sistema “concreto” come la giustizia negoziale, cancellava ogni possibilità di soluzioni consensuali e alternative di gestione del conflitto.

Inoltre, i principi illuministici di umanizzazione e di utilità della pena, astrattamente compatibili con il modello di *Restorative Justice*, furono ben presto soppiantati dalla rifondazione kantiana dell'ideale retributivo²³, destinata a perdurare egemone fino a gran parte del diciannovesimo secolo, in un singolare avvicinarsi della Ragione in quel ruolo di idea legittimante del sistema che fino ad allora la teologia cristiana aveva egregiamente svolto.

Sebbene dal punto di vista storico sembra potersi constatare che le società imperniate su ideologie insufficientemente retributive siano state soppiantate, nel corso dei secoli, da società più violente e competitive, dimostrando un presunto “fallimento sul campo” della matrice riparativa, la rinnovata

¹⁶ BARTOLI R., *op. cit.*, 96 ss.

¹⁷ MOCCIA S., *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1988.

¹⁸ WIESNET E., *op. cit.*, 145.

¹⁹ FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, 1975, trad. it. A. Tarchetti, Milano, 2005.

²⁰ FERREIRA MONTE M., *Diritto penale riparativo*, in *Criminalia*, 2013, 32. Tuttavia, per una rilettura del diritto penale moderno come ancora fortemente permeato da una componente di vendetta cfr. BARTOLI R., *op. cit.*, 96 ss.

²¹ BALBI G., *Società paranoiche e diritto penale*, in *Critica del diritto*, 3/4, 2012, 435.

²² BARTOLI R., *ult. op. cit.*

²³ MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Sistematica teleologica e funzione della pena*, Napoli, 1992, 85 ss.

attenzione verso la *Restorative Justice* si inserisce in un più generale assetto di valori in cui l'afflittività ha un valore meno strumentale alla sopravvivenza rispetto a quello esplicito dalla consensualità e dal dialogo²⁴.

I processi di globalizzazione, infatti, hanno ormai reso le singole comunità, nazionali e non, molto più interdipendenti rispetto al passato²⁵, riproponendosi, *mutatis mutandis*, quella necessità di preservare gli equilibri, anziché lacerarli, che giustificava la presenza di strumenti riparativi all'interno delle antiche civiltà.

Ciò è dimostrato dal fatto che, nonostante la maggior parte della popolazione mondiale continui a vivere in contesti violenti, caratterizzati da conflitti e crimini efferati, l'Occidente - insieme con alcuni Stati asiatici ad esso legati da reciproche relazioni economiche²⁶ - oggi rappresenta, a detta di alcuni, una zona di *Restorative diplomacy*²⁷, nella quale gli Stati non usano più praticare crimini di aggressione gli uni contro gli altri per risolvere le controversie ma gli scontri sono filtrati per lo più attraverso accordi, mediazioni, vertici internazionali.

Nonostante le antiche origini storiche sommariamente tratteggiate, il concetto di *Restorative Justice* rimane poco investigato nella sua struttura profonda, come dimostra la stessa ambiguità su cosa debba intendersi per *Restorative Justice* e su come questo concetto debba essere trasposto negli ordinamenti diversi da quello anglosassone, in cui la *Restorative Justice* trova maggiore familiarità, benché in un contesto maggiormente frammentato e deregolamentato rispetto alle corrispondenti esperienze continentali.

Già solo dal punto di vista lessicale²⁸ la traduzione italiana del concetto *Restorative Justice* non è del tutto pacifica, sebbene la terminologia sembri divaricarsi dal punto di vista esclusivamente formale e non quanto alla sostanza del concetto. Tuttavia il dibattito sulla traduzione del concetto comunque testimonia una certa autoreferenzialità ermeneutica imposta dal ruolo dominante della lingua inglese, che rischia di rivelarsi una vera e propria trappola epistemologica in cui si è costretti a cercare l'origine del termine ed il significato del concetto di *Restorative Justice* unicamente nella cultura giuridica e filosofica anglosassone²⁹.

²⁴ HABERMAS J., *La teoria dell'agire comunicativo*, tr. it. di P. Rinaudo, Bologna, 1986.

²⁵ BRAITHWAITE J., *op. cit.*, 7.

²⁶ GOLDGEIR J. - McFAUL M., *A Tale of Two Worlds: Core and Periphery in the Post-Cold War Era*, in *International Organization*, 1992, 46, 467 ss.

²⁷ BRAITHWAITE J., *ibidem*.

²⁸ MANNOZZI G., *Traduzione e interpretazione giuridica nel multilinguismo europeo: il caso paradigmatico del termine «Restorative Justice» e delle sue origini storico - giuridiche e linguistiche*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1, 2015, 137 ss.

²⁹ MANNOZZI G., *ult. op. cit.*, 142.

In realtà, la dottrina ha sottolineato³⁰ che la letteratura anglosassone in tema di *Restorative Justice* è stata ampiamente influenzata dalle idee di un filosofo italiano, Giorgio del Vecchio, in virtù della traduzione inglese, avvenuta nel 1953, del suo saggio «La Giustizia», scritto nel 1923.

Nel capitolo XI del suo saggio, dedicato alla «Nozione formale ed esigenza assoluta della giustizia» l'autore utilizza per la prima volta il termine «Giustizia riparatrice» in alternativa a quello di «giustizia penale», enucleandovi le componenti essenziali di una visione di giustizia analoga alla *Restorative Justice* moderna, ovvero basata sul mutuo consenso delle parti in causa nella risoluzione del conflitto.

Il termine Giustizia riparatrice, tuttavia, fu tradotto nell'edizione inglese del 1953 con l'espressione «*Reparative justice*», traduzione sostanzialmente imprecisa, dal momento che il termine *reparation* evoca una riparazione meramente economica e risarcitoria, ben lungi dalla profondità del concetto descritto da Del Vecchio, implicante una giustizia dinamica e dialogica in cui è in gioco primariamente una dinamica di riconoscimento dell'altro, pertanto non valutabile con un metro esclusivamente pecuniario.

Nell'ambito più strettamente penalistico, secondo la letteratura anglosassone³¹ il termine *Restorative Justice* venne adoperato per la prima volta da Albert Eglash³² come concetto di genere teso ad includere programmi di riconciliazione tra autore del reato e vittima, articolando la *Restorative Justice* come un vero e proprio ideale alternativo alla giustizia retributiva e specialpreventiva tradizionale. Non a caso, dopo un silenzio imposto dalle ragioni storiche prima accennate, la data di rinascita dell'interesse per la *Restorative Justice* in ambito penalistico viene convenzionalmente fissata in tempi molto recenti, più precisamente nel 1974, anno nel quale ebbe luogo in Canada³³ uno sperimentale progetto di riconciliazione tra autore del reato e vittima.

Negli anni Novanta si diffusero vari programmi di ispirazione riparativa, principalmente su istanza della prassi nei Paesi anglosassoni, più sensibili ai fenomeni comunitari e dotati di sistemi legali più recettivi perché maggiormente flessibili rispetto a quelli di tradizione continentale.

³⁰ MANNOZZI G., *ult. op. cit.*, 146; MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 79 ss.

³¹ BAZEMORE G. - WASHINGTON C., *Charting the Future of the Juvenile Justice System: Reinventing Mission and Management*, 1995, 51 ss.; VAN NESS D., *New Wine and Old Wineskins: Four Challenges of Restorative Justice*, in *Criminal Law Forum*, 1993, 4, 251 ss.

³² EGLASH, A., *Beyond Restitution: Creative Restitution*, in *Restitution in Criminal Justice*, J. Hudson - B. Galaway (a cura di), Lexington, 1975.

³³ Per un'esperienza autobiografica, cfr. KELLY R., *From Scoundrel to Scholar. The Russ Kelly Story*, Ontario, 2006; PEACHEY D., *The Kitchener Experiment*, in *Mediation and Criminal Justice. Victims, Offenders and Community*, M. Wright - B. Galaway (a cura di), Londra, 1989.

Il fenomeno è poi penetrato, con difficoltà e non senza qualche “mutazione genetica”, anche nei sistemi di *civil law*, soprattutto nell’ambito del diritto penale minorile: nel 1999 Mark Umbreit³⁴ riportava dell’esistenza di almeno trecento programmi riparativi nel Nord America ma di oltre cinquecento in Europa. In conseguenza dei popolari studi di attivisti statunitensi e britannici come Howard Zehr³⁵, Mark Umbreit³⁶, Daniel Van Ness³⁷, Tony Marshall³⁸ e del nuovo fervore proveniente dagli studiosi neozelandesi e australiani, la *Restorative Justice* divenne uno dei movimenti sociali emergenti per la riforma del sistema di giustizia penale negli anni Novanta.

Il fenomeno ha infine raggiunto anche l’Italia, dove, nonostante il ruolo fondativo che il concetto di “giustizia riparatrice” aveva avuto nella ricostruzione anglosassone dell’ideale di *Restorative Justice*, si è imposto come assolutamente prevalente l’utilizzo del lessema “Giustizia riparativa”³⁹. D’altronde, è stato sottolineato che ciascun termine offerto in traduzione rappresenta una sinergica combinazione tra l’input normativo e culturale originario ed il tessuto giusfilosofico di ricezione che, ben lungi dall’accoglierlo passivamente, è in grado di modificarne in tutto o in parte il significato⁴⁰. Tuttavia, al netto delle peculiarità imposte dall’ordinamento italiano - che si affronteranno nel prosieguo del lavoro - l’espressione “Giustizia riparativa” rappresenta una traduzione letterale dell’espressione anglosassone ugualmente rispettosa dell’ontologia del concetto e, pertanto, preferibile, se non altro al fine di evitare incomprensioni e confusioni massimamente deleterie nell’analisi di un concetto così evanescente come quello di *Restorative Justice*.

Il concetto di *Restorative Justice* ovvero di Giustizia riparativa, infatti, per ragioni eterogenee sembrava destinato a raccogliere consensi trasversali nei vari schieramenti politici e culturali, divenendo parte integrante delle ideologie più disparate e diverse tra loro, come quella del movimento femminista⁴¹, quella connessa alle lotte di emancipazione delle popolazioni indigene⁴²

³⁴ UMBREIT M., *Restorative Justice through Juvenile Victim-Offender Mediation*, in *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, G. Bazemore - L. Walgrave (a cura di), 1999.

³⁵ ZEHR H., *Changing Lenses: A New Focus for Criminal Justice*, Scottsdale, 1990.

³⁶ UMBREIT M., *Crime and Reconciliation: Creative Options for Victims and Offenders*, Nashville, 1985.

³⁷ VAN NESS D., *ult. op. cit.*

³⁸ MARSHALL T. F., *Restorative Justice on Trial in Britain*, in *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation-International Research Perspectives*, H. Messmer - H. U. Otto (a cura di), Dordrecht e Boston, 1992.

³⁹ Non sembra aver avuto, al contrario, eguale fortuna la traduzione “Giustizia restaurativa”, ispirata dalla dottrina portoghese, intendendo con tale espressione, come scrive FERREIRA MONTE M., *op. cit.*, 33, un ideale di giustizia che «rimarca una pretesa di effettiva giustizia del caso concreto, fino al punto di realizzare una vera pacificazione delle persone coinvolte e di esse con la comunità sociale».

⁴⁰ MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *op. cit.*, 74 - 75.

⁴¹ HEIDENSOHN F., *Models of Justice: Portia or Persephone? Some Thoughts on Equality, Fairness and Gender in the Field of Criminal Justice*, in *International Journal of the Sociology of Law*, 1986, 14, 287 ss.; MASTERS G. - SMITH D., *Portia and Persephone Revisited: Thinking about Feeling in Criminal Justice*, in *Theoretical Criminology*, 1998, 2, 5, 28; REGGIO F., *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, Milano, 2010, 66.

⁴² UTHEIM R., *Restorative Justice, Reintegration, and Race: Reclaiming Collective Identity in the Postracial Era*, in *Anthropology and Education quarterly*, 45, 4, 2014, 355 ss.; HUDSON B., *Restorative Justice: The Challenge of Sexual and Racial Violence*, in *Journal of Law and Society*, 25, 2, 1998, 237 ss.

e, soprattutto, quella dei movimenti a favore delle vittime⁴³. Inoltre, le prime affermazioni della vittimologia come scienza autonoma contribuirono non poco a valorizzare le teorie e le prassi che nel trattamento dei reati presupponevano un approccio duale dell'interazione criminale sia nel trattamento che in fase eziologica⁴⁴.

Se si vogliono esemplificare, non senza qualche generalizzazione, i fattori positivamente valorizzati dalle correnti progressiste, queste consideravano tendenzialmente la Giustizia riparativa come un sistema meno punitivo della giustizia tradizionale e, pertanto, preferibile per i minori costi sociali che produceva. Tale visione era notevolmente influenzata dalle acquisizioni della criminologia critica⁴⁵ degli anni Settanta e Ottanta, che aveva evidenziato attraverso una prospettiva marcatamente marxista gli effetti stigmatizzanti del sistema penale sulle fasce più marginali della società e la sua incapacità di assicurare migliori condizioni di vita complessive. Altri, come gli esponenti delle frange estreme del movimento abolizionista consideravano la Giustizia riparativa una valida alternativa al sistema di giustizia tradizionale, prodotto artificiale al pari della devianza da esso generata, da sostituire con un modello deliberativo *bottom - up* di gestione del conflitto⁴⁶.

Al contrario, gli esponenti più conservatori prediligevano la forte accentuazione del ruolo della vittima e delle comunità, soprattutto quelle familiari, connessa ai modelli di Giustizia riparativa: non a caso, uno dei suoi massimi teorici la configurava come un'applicazione pratica della teoria della vergogna reintegrativa⁴⁷.

Questa teoria, come è noto, predica la strutturazione di veri e propri rituali di perdono⁴⁸, in cui la disapprovazione per il fatto di reato si innesta in un contesto di rispetto per la persona del reo, al fine di rendere possibile una discussione sulle conseguenze che il fatto ha prodotto nei confronti della vittima o della famiglia del reo, nonché sulle possibili occasioni di riparazione. Il procedimento, dunque, convoglia un sentimento di vergogna nei confronti del reo, ma la presenza attiva dei suoi familiari introduce un elemento reintegrativo non stigmatizzante, capace di indurre

⁴³ EVANS J., *Integrating victims into Restorative Justice, Practice*, 2006, 18(4), 279 ss.; ZEHR, H., *op. cit.*; MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *op. cit.*, 61 ss.

⁴⁴ VON HENTIG H., *The Criminal and His Victim*, New Haven, 1948.

⁴⁵ BARATTA A., *Sistema penale ed emarginazione sociale. Per la critica dell'ideologia del trattamento*, in *La questione criminale*, 1976, 237 ss.; WALGRAVE L., *Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice*, in *Washington University Journal of Law and Policy*, 36, 2011, 94.

⁴⁶ CHRISTIE N., *Conflicts as Property*, in *Brit. J. Criminol.*, 1977, 17, 1 ss.; MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *op. cit.*, Torino, 2017, 63 ss.

⁴⁷ BRAITHWAITE J., *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, 1989; in termini più generali, l'elemento della vergogna è considerato uno delle parole - chiave nell'ambito della Giustizia riparativa da MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 166 ss.

⁴⁸ BRAITHWAITE J., *ult. op. cit.*, 6. HEE JOO K. - JURG G., *Evaluating the process of a Restorative Justice Conference: an examination of factors that lead to reintegrative shaming*, in *Asia Pacific Journal of Police and Criminal Justice*, 8, 2, 2010; GAL T. - MOYAL S., *Juvenile victims in Restorative Justice: findings from the Reintegrative Shaming Experiments*, in *British Journal of Criminology*, 51, 2011, 1014 ss.; REGGIO F., *op. cit.*, 144; MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *ult. op. cit.*, 185.

nel reo una rielaborazione critica dell'accaduto senza provocare reazioni sfidanti da parte sua nei confronti dell'ordinamento.

Non da ultimo, le correnti conservatrici sottolineavano il risparmio fiscale prodotto dalla Giustizia riparativa, derivante da un uso parsimonioso della giustizia tradizionale⁴⁹, nonché l'effetto meno stigmatizzante (e dunque meno lesivo per l'economia nazionale) dei procedimenti riparativi, se adoperati nei confronti dei cosiddetti "colletti bianchi", quasi a configurare una sorta di "giustizia di classe".

La diversità di queste molteplici tendenze socio - criminologiche non elide, alla radice, un tratto caratterizzante della Giustizia riparativa, rappresentato dalla sua formazione reattiva nei confronti di una giustizia tradizionale percepita come insoddisfacente, da rifondare alla luce di una rinnovata ideologia del conflitto⁵⁰. Calato nell'ambito delle scienze penalistiche, dunque, il concetto di Giustizia riparativa inevitabilmente si intreccia con il dibattito relativo alle tradizionali funzioni della pena, nonché alla più generale politica di prevenzione del crimine, sottendendo una chiara insoddisfazione verso il *sein* della giustizia penale attuale⁵¹.

Tale insoddisfazione si basa su una generalizzata crisi del sistema sanzionatorio, tradizionalmente imperniato sul meccanismo della pena come raddoppio del male inflitto, dimostratosi sempre più incapace di fornire risposte efficaci nella riduzione della recidiva e nel controllo del crimine, oltre che nella presa in carico delle esigenze delle vittime⁵².

L'affermazione ed il successo dei nuovi strumenti di controllo "informale" rappresentano, infatti, una delle conseguenze del mutamento degli scenari socio-politici ed istituzionali derivanti dalla crisi generalizzata dei meccanismi di regolazione sociale ed, in particolare, del sistema di *Welfare State*⁵³.

⁴⁹ Considera la *Restorative Justice* «un'importante manifestazione del nuovo Stato regolatore nella giustizia penale», che abdica ai suoi compiti a favore della società civile BRAITHWAITE J., *The new regulatory State and the transformation of Criminology*, in *Brit. J. Criminol.*, 40, 2000, 222 ss.

⁵⁰ LODIGIANI G. A., *Alla scoperta della giustizia riparativa. Un'indagine multidisciplinare*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. Mannozi - G. A. Lodigiani, Bologna, 2015, 21; REGGIO F., *op. cit.*, 14 ss. WALGRAVE L., *Integrating criminal justice and Restorative Justice*, in AA.VV., *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton - Portland, 2007, 559 ss.

⁵¹ Cfr. per tutti, in chiave principalmente processualistica, CERTOSINO D., *Mediazione e giustizia penale*, Bari, 2015, 15; in termini più ampi, MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *op. cit.*, 65 ss.

⁵² MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 66; sottolinea come il riconoscimento delle prerogative delle vittime sia un fattore di consolidamento della legittimità morale dell'intervento penale CORNACCHIA L., *Vittime e Giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2013, 1760 ss.

⁵³ D'AMATO S., *Funzione della pena e giustizia riparativa*, in AA.VV., *L'ombra di Caino*, Salerno, 2012, 35 ss.; sull'attuale processo di trasformazione sociale e politica del diritto penale, soprattutto in relazione al ruolo del giudice cfr. TRAPANI M., *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch. Pen.*, 1, 2017, 22 febbraio 2017, 1 ss.

1.1.1. Giustizia riparativa: processo o obiettivo?

Nonostante il dibattito e l'attenzione sorti intorno a tale concetto, la definizione di Giustizia riparativa resta tuttora parzialmente poco chiara, limitandosi spesso gli autori che maggiormente si sono occupati del fenomeno a definire, in negativo, cosa non è Giustizia riparativa.

La ragione di questa scarsa chiarezza, secondo Ashworth⁵⁴, è da rintracciare nel fatto che la teoria della Giustizia riparativa si è sviluppata per lungo tempo su impulso della pratica, senza un'adeguata ricostruzione teorica alla base. Tuttavia, ciò è vero principalmente per le forme di Giustizia riparativa d'oltreoceano. Le prime pratiche nei paesi europei non ebbero luogo invece da esperienze concrete, ma furono stimulate dai risultati positivi degli esperimenti condotti oltreoceano e soprattutto dalle elaborazioni teoriche che nel frattempo si erano ivi sviluppate. In particolare la teoria di Neil Christie stimolò le prime esperienze di mediazione penale in Norvegia, Polonia e Austria, mentre la teoria della vergogna reintegrativa enunciata da Braithwaite, che aveva particolarmente influenzato le applicazioni di giustizia riparativa in Australia, si diffuse nel Regno Unito⁵⁵.

Ciò nonostante, pur evidenziando i lineamenti teorici comuni, la riflessione collettiva non ha prodotto una singola nozione di Giustizia riparativa. Non senza un'inevitabile generalizzazione di fondo, la discussione sulla Giustizia riparativa è oggi dominata dal contrasto tra una visione della stessa come processo (*process-based view*)⁵⁶ ed una visione come risultato (*outcome-based view*)⁵⁷. Questo dualismo si evince altresì nei numerosi documenti internazionali aventi ad oggetto il concetto di Giustizia riparativa, in primo luogo la Risoluzione n. 12/2002 del Consiglio economico e sociale dell'ONU, recante i *Basic Principles on the use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*. Nell'art. 1, rubricato "uso dei termini", si definisce programma di *Restorative Justice* qualsiasi programma che adopera processi riparativi o persegue l'ottenimento di obiettivi riparativi⁵⁸. La distinzione tra il concetto di processo e quello di obiettivo è rispettata anche da un punto di vista topografico, dal momento che il comma 2 chiarisce ed esemplifica cosa si intende per processo riparativo⁵⁹, mentre il comma 3 delinea il significato del termine obiettivo riparativo⁶⁰.

⁵⁴ ASHWORTH A., *Responsibilities, rights and Restorative Justice*, in *Brit. J. Criminol.*, 42, 2002, 578 ss.

⁵⁵ Cfr. COLAMUSSI M. - MESTITZ A., *op. cit.*, 2010, 423 ss.

⁵⁶ MARSHALL T., *The Evolution of Restorative Justice in Britain*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 4/4, 1996, 37; MC COLD P., *Toward a Holistic Vision of Restorative Juvenile Justice: A Replay to the Maximalist Model*, in *Contemporary Justice Review*, 3 (4), 2000, 393 ss.

⁵⁷ WALGRAVE L., *Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice*, in *Washington University Journal of Law and Policy*, 36, 2011, 95.

⁵⁸ I. Use of terms 1. "Restorative Justice programme" means any programme that uses restorative processes and seeks to achieve restorative outcomes.

⁵⁹ 2. "Restorative process" means any process in which the victim and the offender, and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative processes may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles.

Il concetto di Giustizia riparativa come processo, dominante nella maggioranza degli autori⁶¹ e maggiormente diffuso nella prassi, individua l'essenza della Giustizia riparativa non tanto nel fine, bensì nel mezzo attraverso il quale il singolo obiettivo concreto viene, di volta in volta, ottenuto⁶². Nell'ottica della Giustizia riparativa come processo, la definizione più famosa è quella fornita da Tony Marshall: «*Restorative Justice* is a process whereby all the parties with a stake in a particular offense come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offense and its implications for the future⁶³».

La Giustizia riparativa è dunque considerata in questa accezione come un processo in cui tutte le parti interessate da un reato (*rectius*: dal conflitto sottostante il reato, non trattandosi di una definizione unicamente di rilevanza penalistica) si riuniscono, di solito coadiuvate da un mediatore, per decidere collettivamente della gestione delle conseguenze del reato e delle sue implicazioni per il futuro. In questa accezione di Giustizia riparativa le procedure implicano imprescindibilmente il consenso e la partecipazione attiva di tutte le parti⁶⁴, anche grazie a regole elastiche in base alle quali la gestione del processo non viene accentrata nelle mani di alcuni ma è progressivamente regolata in maniera condivisa. La prevalenza dell'elemento procedurale rispetto al suo esito è evidente se si considera che spesso tali processi si concludono con riconciliazioni soltanto morali o riparazioni meramente simboliche, perché ciò che è saliente e "riparativo" è il modo attraverso il quale si giunge all'esito ben più dell'esito stesso.

Tuttavia la definizione della Giustizia riparativa come processo, per quanto ne sia apprezzabile il tentativo di offrire un piano concettuale condiviso, è inevitabilmente parziale, perché non dice cosa o chi debba essere "riparato": i più autorevoli esponenti di quest'orientamento⁶⁵, pur ritenendo che l'obiettivo della riparazione sia del tutto secondario rispetto al percorso mediante il quale tale esito può, eventualmente, essere attinto, concordano nel ritenere che le vittime, gli autori dei reati e la comunità di riferimento costituiscano simultaneamente sia oggetto che soggetto attivo della riparazione, collaborando alla procedura al fine di riparare ed "essere riparati".

⁶⁰ 3. "Restorative outcome" means an agreement reached as a result of a restorative process. Restorative outcomes include responses and programmes such as reparation, restitution and community service, aimed at meeting the individual and collective needs and responsibilities of the parties and achieving the reintegration of the victim and the offender.

⁶¹ Nella dottrina italiana cfr. MAZZUCATO C., *Ostacoli e "pietre di inciampo" nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. MANNOZZI - G. A. LODIGIANI, Bologna, 2015, 119 ss; MANNOZZI G., *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003.

⁶² MC COLD P., *op. cit.*

⁶³ MARSHALL T., *ult. op. cit.*

⁶⁴ MAZZUCATO C., *Ostacoli e "pietre di inciampo"*, cit., 119 ss.

⁶⁵ BRAITHWAITE J., *op. cit.*, 6.; BAZEMORE G. - M. UMBREIT, *Balanced and Restorative Justice: Program Summary: Balanced and Restorative Justice Project*, Washington, D.C., U.S., 1994.

Pur prescindendo dall'eccessiva vaghezza di questa soluzione, il più grande svantaggio di questo modello di Giustizia riparativa, che ipotizza procedure esclusivamente consensuali e deformalizzate tese alla riparazione del conflitto, è quello di restare relegato in una dimensione indubbiamente "pura", ma priva di effettive capacità incisive nella realtà. Quest'ultima, infatti, come è stato acutamente osservato, include per definizione anche elementi "non - puri", talvolta talmente preponderanti da minacciare la tenuta stessa dei modelli astratti una volta calati nel concreto⁶⁶.

In alcuni casi, infatti, la vittima ed il reo possono avere buone ragioni per voler evitare un contatto o tali contatti, pur intercorsi, possono non esitare in un accordo. Determinati reati, inoltre, per la loro gravità non sono considerati, né dalle parti né dalla comunità, validamente gestibili attraverso procedure consensuali e deliberative⁶⁷. L'approccio "purista" della Giustizia riparativa come processo costringe i suoi fautori a ritenere tali casi - probabilmente, i più frequenti nelle aule giudiziarie - appannaggio della giustizia tradizionale.

L'attenzione, concreta se non addirittura pragmatica, sull'aspetto obiettivo della riparazione anziché sul processo utilizzato per raggiungerlo ha quindi indotto alcuni illustri autori, prevalentemente di formazione continentale, ad adottare un concetto *outcome-based*⁶⁸ di Giustizia riparativa.

Secondo la definizione più famosa di questa versione, la Giustizia riparativa è «an option for doing justice after the occurrence of an offence that is primarily oriented towards repairing the individual, relational and social harm caused by that offence⁶⁹». La Giustizia riparativa in tale accezione non si limita ad essere un insieme di procedure ma è una precisa scelta politica, che può ispirare una varietà di iniziative, programmi e sistemi operanti a differenti livelli, *in primis* extrapenalì.

Secondo i teorici dell'*outcome - based approach*, da un punto di vista logico nessun processo può essere definito e valutato se non in relazione agli scopi che si propone ed a quelli che materialmente raggiunge. La riparazione, d'altro canto, intrinsecamente non è un mezzo ma un potenziale sbocco: nel *process - based approach* gli stessi processi deliberativi non hanno, dunque, valore in sé, ma lo assumono in vista dell'obiettivo cui mirano, rappresentato primariamente dalla riparazione intesa in un'accezione ampia, che va dalla riconciliazione delle parti fino alle forme ordinarie di risarcimento del danno.

Ne deriva, in altri termini, che in una prospettiva teleologica soltanto i processi che non mirano a riparare i danni causati dal conflitto sotteso al reato non sono annoverabili quali processi di

⁶⁶ WALGRAVE L., *How pure can a maximalist approach to Restorative Justice remain? Or can a purist model of Restorative Justice become maximalist?*, in *Contemporary Justice review*, 2000, 3(4), 416.

⁶⁷ WALGRAVE L., *Integrating criminal justice and Restorative Justice*, 564 ss.

⁶⁸ WALGRAVE L., *Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice*, 95; WALGRAVE L., *Integrating criminal justice and Restorative Justice*, 559 ss.; BAZEMORE G. - WASHINGTON C., *Charting the Future of the Juvenile Justice System: Reinventing Mission and Management*, 1995, 51 ss.

⁶⁹ WALGRAVE L., *Restorative Justice, Self - interest and responsible citizenship*, Cullompton, 2-3, 2008, 21.

Giustizia riparativa. D'altro canto, da un punto di vista teorico, la riparazione del danno alla vittima non è imprescindibilmente legata al coinvolgimento del reo, che rappresenta una delle modalità di ottenimento del risultato: questa modalità, indubbiamente, è un obiettivo ulteriore e secondario della Giustizia riparativa, funzionale ad una migliore riparazione *lato sensu* del conflitto, ma non certo alla mera riparazione in sé del danno, che ben può prescindere⁷⁰.

A differenza dell'approccio purista del modello *process - based*, nella visione *outcome - based* l'attenzione sull'esito spinge verso una versione massimalista della Giustizia riparativa, che include tutte le azioni finalizzate ad ottenere una riparazione, ancorché parziale ed imposta.

L'elemento della coattività rappresenta il tratto caratteristico dell'approccio massimalista. I processi riparativi consensuali conservano indubbiamente il più alto potenziale in ordine ad un risultato riparativo ma, se l'accordo volontario non può essere raggiunto per qualsivoglia ragione, in un'ottica massimalista l'approccio riparativo deve includere anche vere e proprie sanzioni, finalizzate a riparare, ancorché parzialmente, il danno della vittima e la coesione sociale della comunità: secondo il modello massimalista, possono a ragione definirsi come istituti di Giustizia riparativa le restituzioni o compensazioni, le scuse nei confronti della persona offesa, i lavori di pubblica utilità.

Secondo il modello massimalista queste vere e proprie sanzioni, ammesse in un'ottica *outcome - based* in quanto finalizzate al risultato della riparazione, dovrebbero, tuttavia, essere applicate da un sistema di giustizia tradizionale, orientato primariamente verso l'imposizione di sanzioni riparative anziché meramente afflittive⁷¹.

Non si nasconde come, secondo alcuni autori, innestare l'elemento della coattività all'interno della Giustizia riparativa finisca per snaturarne i contenuti⁷².

In realtà, i teorici della versione massimalista sono ben consci del fatto che le sanzioni non raggiungono il massimo potenziale del paradigma riparativo, poiché l'assenza di volontarietà vulnera le basi per una riconciliazione tra le parti; tuttavia essi sono convinti che la Giustizia riparativa non sia un'opzione manichea, ma che questa conosca al contrario variegate sfumature: pragmaticamente, si potrebbe dire che raggiungere una riparazione parziale è dunque meglio che non raggiungerla affatto.

⁷⁰ WALGRAVE L., *Imposing restoration instead of inflicting pain: reflections on the judicial reaction to crime*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, Von Hirsch A. - Roberts J. - Bottoms A. E. - Roach K. - Schiff M. (a cura di), Oxford and Portland, 2003, 61 ss.

⁷¹ Optano per un sistema massimalista, che riconosce la necessità di sanzioni riparative imposte anche VON HIRSCH A. - ASHWORTH A. - SHEARING C., *Specifying aims and limits for Restorative Justice. A "making amends" model?*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, Von Hirsch A. - Roberts J. - Bottoms A. E. - Roach K. - Schiff M. (a cura di), Oxford e Portland, 2003, 21 ss.

⁷² MAZZUCATO C., *Ostacoli e "pietre di inciampo"*, cit., 119 ss.

La necessità di un approccio massimalista risponde, allora, alla constatazione secondo la quale restringere la Giustizia riparativa a procedimenti esclusivamente consensuali ne ridurrebbe drasticamente l'ambito e la condannerebbe ai margini di un sistema la cui risposta prevalente al crimine rimarrebbe coercitiva e punitiva.

L'attenzione sull'esito del procedimento permette, altresì, di focalizzare l'attenzione su ciò che va riparato, inteso come qualsiasi dimensione della riparazione interessi alle vittime, agli autori del reato e alle comunità, a prescindere dalle difficoltà concrete e operative di individuazione che possono porsi nel singolo processo riparativo.

Al di là delle generalizzazioni, è opportuno sottolineare che un modello *process - based* di Giustizia riparativa non è ontologicamente contrapposto ad un modello massimalista, perché quest'ultimo riconosce l'elevato potenziale riparativo delle procedure consensuali e dialogiche. Il dibattito che coinvolge maggiormente gli autori è piuttosto quello di comprendere fino a che punto un modello massimalista (irrinunciabile scelta se non si vuole condannare la Giustizia riparativa ai margini del sistema) possa restare fedele alla purezza del concetto, che tipo di compromessi sono necessari e in che modo essi debbano realizzarsi. Nonostante le diversità di approccio, infatti, entrambi i concetti di Giustizia riparativa tendono a raggiungere i medesimi obiettivi di fondo: la riparazione del danno, l'inclusione dei bisogni della società e delle parti coinvolte nella gestione del conflitto, la volontà di ridimensionare l'egemonia delle sanzioni formali coercitive attualmente predominanti nel sistema.

1.2. Le forme tradizionali di Giustizia riparativa.

Nonostante la diversità dei contesti di recepimento, le forme di Giustizia riparativa possono essere ricondotte, per finalità eminentemente didascaliche, a tre modelli di riferimento⁷³, in parte autonomi ma profondamente destinati ad influenzarsi l'un l'altro: la mediazione (*Victim - Offender Mediation*), il *family group conferencing*, il *circle*. I tre istituti rappresentano, posti in un'ideale progressione, un percorso di tendenziale ampliamento del novero dei soggetti coinvolti nella gestione del conflitto sotteso al reato. A testimonianza della maggiore diffusione pratica del concetto *process - based* di Giustizia riparativa, tutti e tre i modelli di riferimento, ancorché non preclusivi di una tensione verso l'esito riparativo, sono idealmente collocabili nell'alveo dell'approccio alla Giustizia riparativa come processo.

⁷³ REGGIO F., *op. cit.*, 30 ss.

La mediazione tra autore e vittima rappresenta il modello di Giustizia riparativa più diffuso e studiato⁷⁴, tanto da essere spesso confusa con il concetto stesso di Giustizia riparativa⁷⁵. Lo stesso esperimento in Ontario nel 1974, che convenzionalmente segna la rinascita della Giustizia riparativa, si articolò in un incontro effettuato su ordine del giudice tra alcuni autori di atti vandalici e persone offese, sotto la supervisione di un mediatore⁷⁶.

Si può dire che in gran parte d'Europa la mediazione penale corrisponde alla Giustizia riparativa e viceversa⁷⁷, con l'eccezione dei paesi anglosassoni e dell'Olanda, dove sono maggiormente diffuse anche strategie improntate agli altri modelli. La stessa definizione di *Restorative Justice* contenuta nella già menzionata Risoluzione n. 12/2002 del Consiglio economico e sociale dell'ONU, recante i *Basic Principles on the use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*, ricalcando quella contenuta della Direttiva 2012/29/UE (art. 3, lett. d⁷⁸), sembra dimostrare chiaramente questa latente sovrapposizione.

La mediazione consiste in un incontro ovvero, più spesso, in una serie di incontri che hanno luogo in un ambiente neutrale⁷⁹ (usualmente diverso dagli uffici giudiziari o dalle altre sedi istituzionali di *law enforcement*) a cui partecipano solo la persona offesa, l'autore del reato e un mediatore terzo, equo ed imparziale, di solito appartenente ai servizi sociali. Il mediatore, tuttavia, non esercita un ruolo dominante nel discorso, non disponendo di alcun potere autoritativo di comporre il dissidio né di imporre una sua decisione alle parti. Benché condivida con il giudice il necessario carattere dell'imparzialità, a differenza del giudice che ha il compito di “decidere senza necessariamente pacificare”, il mediatore ha il compito di “pacificare senza decidere”⁸⁰: il suo compito è quello di ricostruire uno spazio comunicativo intersoggettivo tra vittima e reo, condizione imprescindibile affinché il reo si determini a riparare il danno alla vittima e questa non si ponga in una posizione di

⁷⁴ Per un'ampia panoramica, cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003; COLAMUSSI M. - A. MESTITZ, voce *Mediazione penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. V, 2010, 547 ss; MARTUCCI P., voce *Mediazione penale*, in *Enc. Giur.*, Agg., 2005, XIX, 1 ss.

⁷⁵ REGGIO F., *op. cit.*, 31 ss.

⁷⁶ MC COLD P., *Primary Restorative Justice Practices*, in *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, A. Morris - G. Maxwell (a cura di), Oxford, 2001, 41; WALGRAVE L., *On Restoration and Punishment: favourable similarities and fortunate differences*, in *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, A. Morris - G. Maxwell (a cura di), Oxford, 2001, 17 ss.

⁷⁷ AA.VV., *Victim Offender Mediation with Youth Offenders in Europe. An Overview and Comparison of 15 Countries*, A. Mestitz - S. Ghetti (a cura di), Dordrecht, 2005; AA.VV., *Restorative Justice: an agenda for Europe Supporting the implementation of Restorative Justice in the South of Europe*, Final report of AGIS Project JLS/2006/AGIS/147, C. Casado Coronas (a cura di), 2006, reperibile in http://euforumrj.org/assets/upload/Going_South_Report.pdf; MAZZUCATO C., *Ostacoli e “pietre di inciampo” nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, G. Mannozi - G. A. Lodigiani (a cura di), Bologna, 2015, 129.

⁷⁸ Con il termine Giustizia riparativa si intende «qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale».

⁷⁹ Parlano condivisibilmente di “spazio protetto di ascolto” MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 249.

⁸⁰ CERTOSINO D., *op. cit.*, Bari, 2015, 69.

chiusura. Infine, tra i compiti principali del mediatore non ultimo è quello di garantire la pari dignità di tutti i partecipanti al procedimento⁸¹.

Durante la mediazione le parti discutono di come il reato le abbia coinvolte, possibilmente condividono e sviluppano una soluzione reciprocamente soddisfattiva che in alcuni contesti ordinamentali viene resa esecutiva tramite un ordine del giudice mentre in altri resta appannaggio delle parti. In ogni caso, il raggiungimento di un accordo è considerato secondario ed eventuale rispetto al dialogo intercorso tra le parti⁸², poiché il vero scopo del procedimento è il procedimento stesso, teso a ricostruire un tessuto di relazioni sociali più solide che a sua volta diminuirà il rischio di nuove controversie tra le parti e, nel caso in cui queste ugualmente scaturiscano, favorirà la possibilità di risolverle in via consensuale e spontanea.

È evidente come la mediazione rappresenti lo strumento principale - se non l'unico - all'interno di un modello *process - based* di Giustizia riparativa, improntato sulla valorizzazione del percorso dialogico delle parti anziché dell'obiettivo cui questo tende.

Occorre specificare, tuttavia, che il modello di mediazione conosce diverse varianti, distinguibili a seconda del ruolo più o meno attivo del mediatore: ad esempio, si definiscono *Victim Offender Reconciliation Programmes* quei procedimenti in cui il mediatore svolge un ruolo di maggiore supervisione delle parti e di incentivazione al dialogo. Ulteriori varianti del modello generale dipendono dalla veste istituzionalizzata o meno del mediatore: basti pensare alla cosiddetta *Community Mediation*, svolta da centri professionali aggregati alle Università o ai Tribunali⁸³.

In ogni caso, «la mediazione è un processo dialettico di attivazione della conoscenza tra autore e vittima (...) in cui il mediatore è chiamato a ricostruire tra le parti lo spazio comunicativo intersoggettivo e a trovare un “segno” comune che possa condurre al superamento del conflitto»⁸⁴.

Lo scopo della mediazione è, dunque, molto più nobile di una mera conciliazione intesa in un senso utilitaristico e economicistico, non del tutto sconosciuto alla prassi degli organi giudicanti⁸⁵. Tuttavia, nonostante le peculiarità dei procedimenti di mediazione, l'imprescindibile consenso delle parti - «una variabile su cui lo Stato non ha alcun controllo»⁸⁶ - rappresenta una costante di questo processo di Giustizia riparativa.

⁸¹ G. MANNOZZI, *op. cit.*, 353.

⁸² UMBREIT M., *Restorative Justice through Juvenile Victim-Offender Mediation*, in *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, G. Bazemore - L. Walgrave (a cura di), 1999.

⁸³ MC COLD P., *op. cit.*, in *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, A. Morris - G. Maxwell (a cura di), Oxford, 2001, 43.

⁸⁴ G. MANNOZZI, *op. cit.*, 359.

⁸⁵ In realtà nel gergo anglosassone *conciliation* e *mediation* sono adoperati correntemente come sinonimi. Nel contesto italiano si tende invece ad attribuire il significato diverso, di cui si dà conto nel testo, ai due termini. Vedi CERTOSINO D., *op. cit.*, Bari, 2015, 66.

⁸⁶ G. MANNOZZI, *op. cit.*, 374.

La prevalente diffusione del modello di mediazione, come sinonimo di Giustizia riparativa, non deve edulcorare l'annoso problema rappresentato da una necessaria e attenta opera di selezione dei reati cui la mediazione può astrattamente essere applicata; tendenzialmente, nei diversi contesti ordinamentali il legislatore si disinteressa di questa operazione e più spesso essa risulta il frutto della prassi degli operatori di *law enforcement*, che tendono ad escludere dall'ambito della mediazione reati considerati incompatibili per ragioni strutturali (come i reati senza vittima) o, ben più pericolosamente, per ragioni politico - criminali: le agenzie di *law enforcement* vorrebbero interpretare la percezione diffusa di inaccettabilità da parte dei consociati di un trattamento immeritatamente di favore per alcuni reati, come quelli sorretti dalla finalità di terrorismo, o di criminalità organizzata.

Come nella mediazione sono riscontrabili diverse sfumature di significato, così anche il *conferencing*⁸⁷ costituisce una categoria di genere in cui si annovera una congerie variegata di strumenti di Giustizia riparativa il cui tratto distintivo è rappresentato essenzialmente dalla loro struttura aperta anche a soggetti diversi dalla vittima e dal reo.

Non a caso il modello del *conferencing*, la cui espressione è stata tradotta dalla maggiore dottrina⁸⁸ con l'espressione "dialogo allargato ai gruppi parentali" - è maggiormente diffuso in contesti in cui gli assetti normativi classici convivono con istituti connotati da profonde radici tribali, come in Nuova Zelanda⁸⁹ ed in Sud Africa⁹⁰. Ciò nonostante il *conferencing* si è diffuso anche in Europa, principalmente nel Regno Unito⁹¹, attraverso modalità dapprima flessibili ed extra-giudiziali, che poi sono state inserite in un contesto legale istituzionalizzato rappresentato dal *Crime and Disorder Act* del 1998.

Fortemente ispirato alla teoria della vergogna reintegrativa⁹², anche il modello del *conferencing* conosce diverse sfumature: tra queste il *restorative conferencing* rappresenta probabilmente l'esempio più strutturato di pratica riparativa, in cui è spesso presente addirittura un programma (*script*) cui le parti devono attenersi, con alcuni aspetti in comune con la *victim offender*

⁸⁷ REGGIO F., *op. cit.*, 34 ss.

⁸⁸ MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 274.

⁸⁹ Sono molto rari i casi in cui procedure informali ispirate al *conferencing* e appartenenti alla tradizione indigeni sono state codificate dal legislatore. Si pensi alle procedure invalse presso le tribù Maori in Nuova Zelanda, poi incluse formalmente nel «*Children, young persons and their families act*» del 1989 e riviste in chiave essenzialmente diversiva nel *Criminal Procedure Act* del 2011. Cfr. DALY K., *Conferencing in Australia and New Zealand: Variations, research findings, and prospects*, in *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, A. Morris - G. Maxwell (a cura di), Oxford, 2001, 59 ss.; CERTOSINO D., *op. cit.*, Bari, 2015, 72; MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 281 ss.

⁹⁰ SKELTON A. - FRANK C., *Conferencing in South Africa: Returning to our Future*, in *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, a cura di A. Morris - G. Maxwell, Oxford, 2001, 103 ss.

⁹¹ DIGNAN J. - MARSH P., *Restorative Justice and Family Group Conferencing in England: Current State and Future Prospects*, in *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, A. Morris - G. Maxwell (a cura di), Oxford, 2001, 85 ss.

⁹² BRAITHWAITE J., *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, 1989.

*mediation*⁹³. Antipodicamente, esistono forme molto meno strutturate di *conferencing*, come il *restorative cautioning*, che si svolge tipicamente in ambienti della polizia e si conclude con un avvertimento finale formale nei confronti del reo (*formal final warning*).

Al di là delle diverse sfumature, la caratteristica del *conferencing* è quella di coinvolgere anche soggetti diversi dalla vittima diretta del reato: nelle procedure sono coinvolte anche le cosiddette vittime secondarie, ovvero i soggetti a vario titolo attinti dal reato, vuoi in virtù del legame affettivo con uno dei partecipanti primari, come i familiari o gli amici della vittima, vuoi i sostenitori del reo in qualche modo interessati dal reato. Oltre a partecipare al procedimento, spesso tali membri contribuiscono altresì all'eventuale accordo finale.

In alcuni contesti ordinamentali, il *conferencing* vede la partecipazione obbligatoria di un esponente delle istituzioni o dello stesso giudice mentre il facilitatore/mediatore, usualmente presente anche in questa tipologia di pratiche riparative, aiuta le parti a risolvere autonomamente il conflitto generato dal reato ed a trovare un accordo volto alla riparazione del conflitto, anche con la collaborazione del novero più esteso di soggetti che partecipano agli incontri, senza però mai dominare il discorso riparativo.

A differenza di quanto accade nell'ambito della mediazione tradizionale, in cui l'eventuale assenza della vittima impedisce a monte lo svolgersi della procedura, durante il *conferencing* la vittima può legittimamente decidere di non partecipare, o di partecipare tramite un suo delegato. In questi casi il procedimento prosegue, incentrandosi piuttosto sulla responsabilizzazione del reo piuttosto che sulla riparazione del conflitto, resa impossibile dalla libera scelta della vittima di non mediare⁹⁴.

Il percorso di ampliamento dei soggetti coinvolti nelle procedure di gestione del conflitto, già realizzato nel *conferencing*, trova la sua massima espansione nei cosiddetti "circoli" (*circles*)⁹⁵, emersi soprattutto in Canada. Questi rappresentano la terza forma tipica di Giustizia riparativa, anch'esso maggiormente diffuso nei Paesi in cui sono presenti radicate culture aborigene tradizionali⁹⁶.

Tali procedure - che la dottrina italiana ha tentato di tradurre con il termine "dialogo riparativo"⁹⁷ - adottano un'accezione di persona coinvolta del reato ancora più ampia del *conferencing*, fino ad includere tutti i membri della comunità, usualmente di stampo etnico, che intendano partecipare alla

⁹³ MIERS D. - SEMENCHUK M., *Victim Offender Mediation in England and Wales*, in *Victim Offender Mediation with Youth Offenders in Europe. An Overview and Comparison of 15 Countries*, A. Mestitz - S. Ghetti (a cura di), cit., 30.

⁹⁴ CERTOSINO D., *op. cit.*, Bari, 2015, 74.

⁹⁵ REGGIO F., *op. cit.*, 36 ss.

⁹⁶ DICKSON GILMORE E. J., *Finding the Ways of the Ancestors: Cultural Change and the Invention of Tradition in the Development of Separate Legal Systems*, in *Canadian Journal of Criminology*, 1992, 34(3-4), 479 ss.; MC COLD P., *op. cit.*, in *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, A. Morris - G. Maxwell (a cura di), Oxford, 2001, 43; LILLES H., *Circle Sentencing: Part of the Restorative Justice Continuum*, in *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, A. Morris - G. Maxwell (a cura di), Oxford, 2001, 161.

⁹⁷ MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 238.

gestione del conflitto. Anche in questo caso, il concetto assurge ad etichetta di genere per una serie di modelli che si sono evoluti lungo due principali direttrici: i circoli per la composizione dei litigi (*healing circles*) e i circoli giudicanti (*sentencing circles*), questi ultimi di maggiore interesse per il penalista, essendo destinati a fornire raccomandazioni all'autorità giudiziaria per la formulazione delle sentenze, *sub specie* nella fase di commisurazione della pena, una volta acclarata (in sede giudiziaria ordinaria) la responsabilità penale dell'individuo.

I circoli fanno leva sul forte senso di appartenenza dei membri - si è detto, per la maggior parte dei casi, di tipo etnico - e al loro bisogno di non sentirsi rifiutati dalla propria comunità proprio in un momento in cui possono sentire maggiormente la necessità di coesione, essendo venuti in contatto con il sistema di controllo formale dell'ordinamento; spesso lo stesso *facilitator*, che cerca di costruire un piano di azione riparativo, condivide con i partecipanti la medesima origine e trae da questa un più agevole riconoscimento del suo ruolo da parte loro.

Anche nei *circles* la sussistenza di un adeguato risarcimento del danno non è essenziale ai fini della procedura ma la riparazione può anche essere soltanto simbolica. A differenza della mediazione, nella prassi i *circles* non si occupano esclusivamente di delitti bagatellari ma talvolta sono riservati prevalentemente a crimini gravi, anche in ragione della lunghezza e dell'onerosità sia in termini economici che sociali che connotano questa procedura⁹⁸.

L'aspetto principale che distingue il *circle* dal *conferencing* è dato dal fatto che è molto più frequente nel primo la partecipazione di esponenti delle autorità giurisdizionali e di avvocati (la cui presenza, in verità, non sempre è necessariamente preclusa nel *conferencing*); inoltre nei *circles* non è presente la figura di un vero e proprio mediatore, quanto piuttosto di *circles keepers* che si limitano a tutelare le condizioni affinché l'equilibrio discorsivo del cerchio non venga "infranto" durante la procedura⁹⁹.

In linea generale, il *circle* intrattiene rapporti più stretti con la giustizia tradizionale, soprattutto nei sistemi in cui è considerato un'alternativa, più o meno radicale, al processo ordinario. Spesso le riunioni si svolgono anche nelle aule giudiziarie ed il *circle* rappresenta uno strumento che il giudice può decidere se adottare o meno, delegando la specifica fase processuale - nella quasi totalità dei casi, la commisurazione della pena - ad un membro della comunità che gestirà il processo.

In tali casi il *sentencing circle* è parte del normale processo giudiziario ed è, come tale, soggetto alle normali garanzie processuali. Pur coinvolgendo la comunità in stretto rapporto con il sistema di

⁹⁸ LILLES H., *op. cit.*, 163.

⁹⁹ CERTOSINO D., *op. cit.*, 75.

giustizia penale, il giudice ha comunque l'ultima parola sul caso dibattuto, dovendosi limitare a tenere in debito conto quanto viene proposto (e non imposto) dai partecipanti al circolo.

Il modello dei *circles*, tuttavia, non risulta aver avuto fortuna nei Paesi europei¹⁰⁰, dimostrando una diffusione del tutto residuale nei sistemi diversi da quello canadese e australiano.

1.3. Le virtù dei processi riparativi.

Tra le cause per le quali il concetto di Giustizia riparativa ha guadagnato fortuna non vi sono solo ragioni etiche e sociologiche, ma vi sono soprattutto importanti riscontri pratici che militano a favore di quest'ideale di giustizia, al punto da renderlo, per molti, preferibile rispetto a quello tradizionale. Per quanto sia difficile valutare le ricadute concrete nel settore delle scienze umane e, ancor più, nelle scienze normative, numerosi studi hanno cercato di fissare dei criteri metodologici per valutare la fattibilità e l'efficacia dei processi riparativi.

Un'approfondita ricerca empirica è, infatti, quanto mai necessaria per capire se dietro i vantaggi teorici di questo modello di giustizia si celino anche eventuali svantaggi concreti, al fine di individuarli e porvi eventualmente rimedio.

A tal proposito non bisogna dimenticare che i processi riparativi maggiormente diffusi nella prassi sono, almeno in prima battuta, consensuali. Ciò comporta una pesante ipoteca in termini di verificabilità empirica dei risultati, non potendosi eludere il rischio di *self-selection* che può falsare il confronto con i modelli di giustizia tradizionali, come è noto, rigidamente eteronomi.

Non si può negare, cioè, che i soggetti che volontariamente si sottopongono a processi riparativi siano già maggiormente propensi a contribuire in modo effettivo ed efficace al buon esito del processo stesso, a differenza di quanto accade nella giustizia tradizionale, in cui l'autonomia delle parti ha un rilievo molto inferiore.

Tra le premesse di metodo per una corretta valutazione dei processi riparativi non da ultimo occorre considerare che nessun Paese occidentale propone un ambito di applicazione delle procedure riparative generalizzato, analogo a quello della giustizia ordinaria. Ciò implica un'ulteriore difficoltà nella valutazione dei dati, che sono infatti connotati da una radicale asimmetria, essendo

¹⁰⁰ I risultati di un progetto di ricerca cofinanziato dalla Commissione Europea e coordinato dall'Università Eberhard Karls di Tubinga, l'Università Cattolica di Leuven, il Foresee Research Group e l'Istituto Nazionale di Criminologia (OKRI) di Budapest, dal Settembre 2011 all'Agosto 2013 dimostrano la scarsa propensione dei sistemi europei verso questa forma di *Restorative Justice*. Cfr. AA.VV., *Developing Peacemaking Circles in European context*, Project: JLS/2010/JPEN/AG/1609 Criminal Justice Programme, European Commission, Directorate-General Justice, novembre 2013, reperibile *online* sul sito dell'Università degli Studi di Tubinga, al seguente indirizzo: <https://www.jura.unituebingen.de/einrichtungen/ifk/forschung/sanktionsforschung/abgeschlossen/implementing-peacemaking-circles-in-europe/forschungsbericht>.

relativi a reati spesso diversi per criminogenesi e per manifestazioni concrete rispetto a quelli che, in via residuale, risultano appannaggio della giustizia ordinaria.

Tali considerazioni, insieme con il dato della naturale diversità del contesto ordinamentale e geografico, vanno, dunque, tenute presente nell'analisi dei principali studi statistici condotti sul tema dell'efficacia della Giustizia riparativa.

1.3.1. Il maggiore grado di soddisfazione della vittima

Il primo dato usualmente presentato a favore della Giustizia riparativa è quello secondo cui i processi riparativi tenderebbero a valorizzare maggiormente il ruolo della vittima, riparandone i danni in modo più soddisfacente rispetto alla giustizia tradizionale¹⁰¹.

Nonostante l'enfaticizzazione del ruolo e degli interessi della vittima del reato rappresenti, anche storicamente, un vero e proprio tratto caratteristico dell'ideale riparativo, la valutazione di questa variabile appare di difficile concretizzazione.

Per renderla operativa, parte della letteratura anglosassone¹⁰² ha proposto di misurare la soddisfazione delle vittime assumendo (senza un'evidenza certa, anzi con un'innegabile generalizzazione tautologica) che la maggiore soddisfazione per la vittima derivi dall'ottenere la riparazione dei danni che il reato le ha inferto. In tal senso si sottolinea che l'implementazione pratica degli accordi riparativi, affinché la vittima percepisca un risultato effettivo del procedimento riparativo, appare dunque essenziale per una concretizzazione positiva del suo tasso di soddisfazione.

Un'ulteriore ragione che si assume per giustificare il livello più alto di soddisfazione da parte delle vittime nei procedimenti di Giustizia riparativa è correlata all'elevato valore simbolico usualmente connesso alle riparazioni ottenute in esito a tali procedimenti. Tenzialmente questi non offrono alle vittime riparazioni esclusivamente materiali (invero ottenibili anche attraverso i consueti strumenti civilistici offerti dalla giustizia tradizionale), anzi, spesso queste risultano molto esigue,

¹⁰¹ AERTSEN I. – MACKAY R. – PELIKAN C. – WILLEMSSENS J. – WRIGHT M., *Rebuilding community connections - Mediation and Restorative Justice in Europe*, Strasburgo, 2004; HUDSON B., *Restorative Justice: The Challenge of Sexual and Racial Violence*, in *Journal of Law and Society*, 25, 2, 1998, 237 ss.; DIGNAN J., *Understanding victims and Restorative Justice*, Maidenhead, 2005, 137; J. JOHNSTONE, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates*, Routledge, 2002, 62 ss.; PARISI F., *I confini della Restorative Justice nella più recente normativa europea sulla tutela della vittima: ragionevole attuazione di una victim - centred justice o inevitabile condanna al destino di Sisifo?*, in *Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*, M. F. Cortesi - E. La Rosa - L. Parlato - N. Selvaggi, (a cura di), 2015, 123 ss. LATIMER J. - DOWDEN C. - MUISE D., *The effectiveness of Restorative Justice practices: a meta - analysis*, in *The Prison Journal*, 85, 2, 2005, 127 ss., pur effettuando una meta-analisi sulla base di un concetto di *Restorative Justice process - based* dimostrano il più elevato tasso di soddisfazione delle vittime coinvolte in procedimenti riparativi rispetto a quelle attinte dalla giustizia tradizionale.

¹⁰² BRAITHWAITE J., *op. cit.*, 6.

ancorché caratterizzate da un elevato valore simbolico che le rende molto più salienti e, pertanto, soddisfacenti per la vittima.

Gli studi sul punto, inoltre, evidenziano che le vittime che partecipano ai processi riparativi percepiscono un più elevato grado di giustizia procedurale, apprezzano il valore comunicativo degli incontri e trovano i risultati dei processi di Giustizia riparativa più giusti delle sanzioni della giustizia tradizionale¹⁰³. Da alcuni studi, inoltre, è stato addirittura riscontrato che le vittime coinvolte in processi di Giustizia riparativa manifestano con minore frequenza patologie come il disturbo da stress post-traumatico e sono meno soggette a reazioni di paura e rabbia nei confronti del reo, verso il quale, durante il percorso, non di rado manifestano al contrario segni di empatia¹⁰⁴. Se queste sono le ragioni fondanti il maggiore grado di soddisfazione della vittima nei procedimenti di Giustizia riparativa che emerge dagli studi statistici effettuati, appare opportuno segnalare che, da questo punto di vista, il modello *outcome - based* e quello *process - based* non raggiungono risultati analoghi in termini di soddisfazione della vittima.

È stato dimostrato, infatti, che il livello di *compliance* del reo nel realizzare e portare a compimento l'opera di riparazione è tendenzialmente più elevato nel caso di procedimenti riparativi consensuali, in cui la riparazione è lo sbocco di una procedura volontaristica e non imposta¹⁰⁵. Anche la prospettiva incentrata sulle modalità di coinvolgimento attivo nel procedimento, pertanto percepito come più “giusto” dalla vittima, dimostrerebbe i maggiori vantaggi connessi ad un concetto *process - based* di Giustizia riparativa.

1.3.2. La riduzione del tasso di recidiva del reo

Il secondo punto di forza valorizzato dai fautori della Giustizia riparativa è quello secondo cui essa comporterebbe una “riparazione del reo”, intendendo con tale espressione, generalmente, un abbassamento dei tassi di recidiva¹⁰⁶. Questo asserito vantaggio dei processi di Giustizia riparativa appare quasi in controtendenza rispetto alle origini storiche e sociologiche di questo ideale di giustizia che, come è stato sottolineato, deve molto all'opera dei movimenti a favore delle vittime: è dunque opportuno sottolineare che la Giustizia riparativa non nasce generalmente come un approccio incentrato sul reo. Ciò nonostante, l'insoddisfazione verso le forme di giustizia

¹⁰³ SHERMAN W. L., STRANG H., *Restorative Justice: The Evidence*, Londra, 2007, 68.

¹⁰⁴ STRANG H. – SHERMAN L. – ANGEL C. – WOODS D. – BENNETT S., *Victim Evaluations of Face-To-Face Restorative Justice Conferences: A Quasi-Experimental Analysis*, in *Journal of Social Issues*, 62, 2006, 292 ss.

¹⁰⁵ LATIMER J. - DOWDEN C. - MUISE D., *op. cit.*, 137, dimostrano che gli autori che partecipano volontariamente a programmi di *Restorative Justice* tendono ad avere livelli sostanzialmente più elevati di *compliance* rispetto agli autori esposti a sanzioni riparative.

¹⁰⁶ ROBINSON G. - SHAPLAND J., *Reducing recidivism. A task for Restorative Justice?*, in *Brit. J. Criminol.*, 48, 2008, 337 ss.

tradizionale ha rappresentato la fonte di un grande e crescente interesse nei confronti della capacità della Giustizia riparativa di impattare positivamente sui tassi di recidiva.

Ciò è dimostrato dal fatto che molteplici studi hanno esaminato i tassi di recidiva in seguito agli interventi di Giustizia riparativa, confrontandoli con i dati provenienti dalla giustizia tradizionale¹⁰⁷.

Secondo la letteratura anglosassone¹⁰⁸ che ha maggiormente studiato il fenomeno, come constatato in relazione al grado di soddisfazione delle vittime, così anche la riduzione del crimine sarebbe il frutto della percezione del processo riparativo come maggiormente “giusto” da parte del reo: pur non offrendo tutte le garanzie formali e sostanziali tipiche della giustizia ordinaria, i processi riparativi sono spesso considerati dalle parti più giusti.

Il dato, apparentemente paradossale, probabilmente dipende dal fatto che i partecipanti ai procedimenti di Giustizia riparativa sono coinvolti in maniera più attiva nella gestione di un conflitto che percepiscono come proprio e non sono posti sotto il controllo di soggetti estranei, titolari della procedura. Il linguaggio nei processi di Giustizia riparativa è inoltre tendenzialmente più comprensibile rispetto al tecnicismo delle aule di giustizia, e veicola il conflitto in una dimensione costruttiva e non distruttiva e/o autodistruttiva, evitando il sorgere di reazioni sfidanti¹⁰⁹ nei confronti dell'ordinamento.

Molteplici autori si sono interrogati sulle potenziali ragioni criminologiche alla base dell'efficacia della Giustizia riparativa nel ridurre il tasso di recidiva.

Al di là del riferimento primario alla teoria della vergogna reintegrativa, altri autori come Sherman¹¹⁰ ipotizzano che i processi di Giustizia riparativa stimolino, in una prospettiva più generale, fattori di contenimento della devianza.

Altri, come Cohen¹¹¹, spiegano la maggiore efficacia riduttiva della recidiva ad opera della Giustizia riparativa rispetto alla giustizia tradizionale attraverso la teoria dell'autocategorizzazione¹¹². L'autocategorizzazione descrive le condizioni in presenza delle quali si produce, attraverso un giudizio di similarità e condivisione che gli individui hanno del loro sé

¹⁰⁷ ROBINSON G. - SHAPLAND J., *op. cit.*, analizzano tre progetti effettuati in Inghilterra e Galles nel 2001 con oggetto processi riparativi per reati adulti, colpevoli anche di crimini gravi, occorsi in fasi diverse del processo penale. La valutazione venne effettuata con l'assistenza a *conferences* e con colloqui *post-process* con vittime e reati; LATIMER J. - DOWDEN C. - MUISE D., *op. cit.*, 137, sostengono che, in media, i procedimenti riparativi consensualistici producono minori tassi di recidiva.

¹⁰⁸ BRAITHWAITE J., *op. cit.*, 6; KIM H. J. - GERBER J., *Evaluating the process of a Restorative Justice conference: an examination of factors that lead to reintegrative shaming*, in *Asia Pacific Journal of Police & Criminal Justice*, 2010, 8, 2; GAL T. - MOYAL S., *Juvenile victims in Restorative Justice: Findings from the Reintegrative Shaming Experiments*, in *Brit. J. Criminol.*, 2011, 51, 1014 ss.

¹⁰⁹ SHERMAN L., *Defiance, Deterrence and Irrelevance: A Theory of the Criminal Sanction*, in *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 1993, 30, 445 ss.

¹¹⁰ SHERMAN L., *op. cit.*, 448.

¹¹¹ COHEN A. K., *Delinquent Boys: The Culture of the Gang*, Glencoe, 1955.

¹¹² TURNER J. C. - HOGG M. A. - OAKES P. J. - REICHER S. D. - WETHERELL M. S., *Rediscovering the Social Group: A Self-Categorization Theory*, Londra, 1987.

rispetto a quello altrui, un'identità sociale condivisa. Mentre la teoria della vergogna reintegrativa valorizza l'interrelazione tra gli individui coinvolti nel processo riparativo, la teoria di Cohen rintraccia l'effetto riduttivo della recidiva nel rafforzamento di emergenti identità comuni a favore del quale la Giustizia riparativa funge da matrice coesiva.

Un'ulteriore evidenza scientifica in punto di effetto riduttivi della recidiva da parte della Giustizia riparativa è stata offerta dall'elaborazione di David Matza¹¹³. Come è noto, secondo questa famosa teoria i delinquenti oscillano tra identità complianti e identità devianti, queste ultime frutto di meccanismi psicologici di autodifesa che agiscono in chiave neutralizzante delle identità complianti. Secondo questa elaborazione, i processi di Giustizia riparativa possono prevenire la devianza facilitando l'oscillazione a favore delle identità conformi alla legge a discapito di quelle devianti.

Infatti, in presenza della vittima, o anche delle sue persone care, meccanismi di negazione del fatto sono più difficili da strutturare. Analogamente il meccanismo di “condannare coloro che condannano” è ostacolato quando questi, anziché giudicare, si impegnano in un dialogo con il reo sul perché il suo comportamento sia risultato dannoso. I processi di Giustizia riparativa, inoltre, sono designati per far sì che i membri che “condannano” appartengano al gruppo del reo piuttosto che ad un gruppo estraneo, come accade nel caso dei *circles*.

Come è ovvio, queste tendenze non rappresentano un'acquisizione certa dei processi di Giustizia riparativa. Infatti esse risultano altresì influenzate da variabili culturali come l'educazione e il senso di rispetto delle parti coinvolte, oltre all'architettura sociale del gruppo di appartenenza (es. si pensi a comunità appartenenti a minoranze etniche molto inclusive) ma, quando riescono a concretizzarsi, le tendenze positive insite nella Giustizia riparativa indeboliscono i meccanismi di autodifesa. Al contrario, le sopramenzionate tecniche di neutralizzazione tendono invece ad essere incentivate dalle istituzioni di giustizia tradizionale, imperniate su dinamiche di separazione tra vittime e rei e sulla estraneità dei soggetti titolari del potere di giudicare e di condannare.

Tuttavia, secondo molti commentatori la tendenza a valorizzare l'efficacia riduttiva della recidiva da parte della Giustizia riparativa non è del tutto congeniale alle sue pretese di presentarsi come modello alternativo alla giustizia tradizionale, come acutamente notato da Mc Cold: «Evaluating a new paradigm by the criteria of the old paradigms is inappropriate»¹¹⁴.

Secondo Robinson e Shapland presentare la riduzione della recidiva come uno degli scopi della Giustizia riparativa è inappropriato non certo perché irrealistico di per sé, ma perché il rilievo di questa variabile, straordinariamente importante nell'ambito degli studi sul sistema penale, finisce

¹¹³ MATZA D., *Delinquency and Drift*, New York, 1964.

¹¹⁴ MC COLD P., *A Survey of Assessment Research on Mediation and Conferencing*, in *Repositioning Restorative Justice*, a cura di L. Walgrave, Cullompton: Devon, 2003, 95.

per polarizzare l'attenzione e sminuire la rilevanza degli altri obiettivi più incentrati sul ruolo della vittima che la Giustizia riparativa si propone.

La letteratura sulla Giustizia riparativa non a caso sembra quasi rifiutarsi di considerare la riduzione del tasso di recidiva come uno degli obiettivi apertamente perseguiti dall'ideale riparativo, preferendo considerarla come una sorta di "piacevole effetto collaterale" dello stesso: la risocializzazione del reo, intesa in senso minimale come mero calo del tasso di recidiva, sembra assurgere a fine legittimo della Giustizia riparativa soltanto fin al punto in cui essa è compatibile con l'obiettivo di ottenere la riparazione del reato a favore delle vittime.

Tuttavia, c'è da dire che il fenomeno non è necessariamente da leggere come un gioco a somma zero: i benefici relativi agli autori dei reati, come la riduzione della recidiva, non solo non precludono i benefici per le vittime, ma sono effettivamente ben visti e desiderati dalle vittime stesse, giocando un ruolo essenziale nel processo di riconciliazione tra le parti e di riparazione dell'allarme sociale destato dal reato. Se la Giustizia riparativa non sembra avere la riduzione del tasso di recidiva tra i suoi obiettivi primari, al tempo stesso, dunque, non è ontologicamente ostativa ad essa.

La Giustizia riparativa può, infatti, fungere da occasione propizia affinché il reo consideri scelte di vita alternative al delitto, attraverso un processo di graduale abbandono della devianza, purché - si ritiene - egli acconsenta liberamente a partecipare al procedimento di Giustizia riparativa e abbia riconosciuto la sua responsabilità per il reato commesso¹¹⁵.

La Giustizia riparativa ha dunque le potenzialità di risocializzare il reo, pur non avendo la risocializzazione tra i suoi scopi primari, attraverso il meccanismo di *empowerment* che involge le parti del conflitto nei processi di Giustizia riparativa, nei quali gli individui non sono ridotti a meri recettori passivi del *dictum* giudiziale. La Giustizia riparativa d'altronde, si fonda su un concetto di responsabilità attiva: il reo, concorrendo positivamente a riparare le conseguenze negative della sua offesa, si interfaccia non con una pena meramente afflittiva, che finirebbe per acuire la sofferenza causata dal reato, ma è coinvolto in comportamenti attivi che cercano di ridurla.

I risultati riguardanti la recidiva sono dunque complessi e talvolta contraddittori, anche alla luce del fatto che non possono escludersi *a priori* in taluni casi atteggiamenti strumentali del reo, soprattutto quando il procedimento di Giustizia riparativa è interconnesso ad un procedimento giurisdizionale ed il reo sa che il suo esito, antecedente alla pronuncia di condanna, può influenzare le decisioni del giudice. La complessità di questo fattore è acuita dalle difficoltà di misurazione, che derivano principalmente dalla forte differenziazione nelle variabili indipendenti e nelle singole peculiarità dei

¹¹⁵ VON HIRSCH A. - ASHWORTH A. - SHEARING C., *Specifying aims and limits for Restorative Justice. A "making amends" model?*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, Von Hirsch A. - Roberts J. - Bottoms A. E. - Roach K. - Schiff M. (a cura di), Oxford e Portland, 2003, 21 ss.

processi riparativi, notevolmente differenti per quanto concerne la qualità tecnica del processo, il tipo delle procedure, l'assenza o meno di un contesto giudiziale, la selezione dei gruppi e delle tipologie di reato¹¹⁶.

Può quindi condividersi l'assunto secondo il quale la Giustizia riparativa non ha tra i suoi obiettivi primari e tradizionali la riduzione del tasso di recidiva.

Tuttavia è altrettanto innegabile che la Giustizia riparativa abbia la materiale propensione a ridurre la delinquenza secondaria, attraverso le opportunità che fornisce al reo di scoprire nuovi modi positivi per articolare la propria personalità. Ricevere l'offerta di rimediare al danno causato e sentirsi maggiormente accettati per questo dalla società è un elemento cruciale per cambiare positivamente la percezione di sé e la propria immagine esteriore¹¹⁷ nella direzione di una dimensione più socialmente integrata.

Dunque, sebbene la riduzione del tasso di recidiva non sia lo scopo primario dei programmi di Giustizia riparativa, questa può considerarsi ugualmente una parte importante di un bilanciato orizzonte riparativo. Anche se la ricerca sulla Giustizia riparativa non dimostra in maniera netta la riduzione del tasso di recidiva, i risultati complessivi sono comunque incoraggianti; quand'anche si ipotizzi una componente opportunistica, ciò non toglie che lo stato d'animo di ingresso del reo non possa evolvere in meglio durante la procedura riparativa.

D'altronde, l'argomento che appare dirimente per sostenere l'efficacia della Giustizia riparativa è quello che sostiene che il tasso di recidiva che emerge dagli studi statistici comunque non è superiore a quello atteso dalla giustizia tradizionale. A parità di ulteriori condizioni, dunque, è ragionevole considerare la Giustizia riparativa preferibile fino al punto in cui non si dimostri che essa provochi una riduzione della recidiva inferiore alla giustizia tradizionale.

Così come in relazione al grado di soddisfazione della vittima, anche dal punto di vista della diminuzione dei tassi di recidiva, tuttavia, gli studi statistici riportano che un concetto massimalista di Giustizia riparativa, che conosce dunque anche sanzioni riparative, provoca una riduzione dei tassi di recidiva piuttosto blanda, a differenza dei procedimenti riparativi puri, ovvero schiettamente volontaristici¹¹⁸.

¹¹⁶MC COLD P., *op. cit.*

¹¹⁷BAZEMORE G. - MARUNA S., *Restorative Justice in the Reentry Context: Building New Theory and Expanding the Evidence Base*, in *Victims and Offenders*, 2009, 4,4, 375 ss.

¹¹⁸BONTA J. - WALLACE - CAPRETTA S. - ROONEY J., *Restorative Justice: An evaluation of the Restorative Resolutions Project*, Ottawa, Canada, 1998; LATIMER J. - DOWDEN C. - MUISE D., *op. cit.*, 137, sottolineano la maggiore efficacia riduttiva della recidiva, tra i procedimenti volontaristici, della mediazione. Ma, come già sottolineato, il dato sembra non depurabile dall'incidenza a monte del fenomeno della *self-selection*.

1.3.3. Il ruolo attivo della comunità nella gestione del conflitto

Il terzo aspetto positivo della Giustizia riparativa che gli studi evidenziano è quello di un più elevato livello di soddisfazione di quei partecipanti al processo riparativo diversi dal reo e dalla vittima. D'altronde, la valorizzazione dell'elemento comunitario è molto sentita dai fautori della Giustizia riparativa, soprattutto da quelli di provenienza conservatrice, i quali ritengono che la riparazione del conflitto sia tradizionalmente opera delle famiglie e delle comunità piuttosto che delle istituzioni pubbliche. Anzi, secondo tale prospettiva, proprio la sottrazione da parte dello Stato del controllo svolto dalle famiglie, soprattutto in sistemi in cui è tradizionale il loro ruolo nel controllo sociale, fungerebbe da pregnante fattore criminogenetico.

Preliminarmente, il ruolo della comunità nelle procedure di Giustizia riparativa impone la necessità di distinguere concettualmente quest'ultima dalla cosiddetta *Community Justice*¹¹⁹: il rapporto tra questi due modelli di giustizia è stato analizzato principalmente nel contesto statunitense¹²⁰, anche in ragione della precomprensione positiva dei sistemi anglosassoni verso il comunitarismo, usualmente visto come antidoto contro l'oppressione burocratica dello Stato Leviatano¹²¹.

Mentre la Giustizia riparativa è focalizzata, almeno nel suo impianto teorico originario, sulla "restituzione dei conflitti ai loro legittimi proprietari" e sulla riparazione delle conseguenze del reato, la *Community Justice* è basata sul postulato secondo cui il crimine peggiora la qualità della vita della comunità: questo innegabile assunto contribuisce a riparametrare in chiave comunitaria le strategie preventive e le politiche delle tradizionali agenzie di controllo formale le quali, comunque, non sono affatto esautorate nell'ideale ispirato alla *Community Justice*.

In altri termini, la maggioranza dei processi di Giustizia riparativa ha una forte componente comunitaria, ma non tutti processi ispirati all'ideale di *Community Justice* possono invece dirsi dotati di elementi riparativi, perché quasi sempre essi si disinteressano dell'aspetto relativo al coinvolgimento delle vittime e alla riparazione del danno¹²².

Fatta questa distinzione, in primo luogo la rilevanza della comunità nelle procedure di Giustizia riparativa si riscontra nel fatto che più gli *adjudicators* sono vicini al reo, più è probabile che la loro interazione riesca a suscitare nelle parti coinvolte un atteggiamento riparativo del conflitto. La *compliance* degli autori in relazione alle restituzioni ed ai lavori di pubblica utilità è stata associata con il maggiore legame dei soggetti coinvolti con la comunità: principalmente l'appartenenza ad un contesto comune fornisce a tali soggetti una legittimazione più elevata nell'ottica del reo e della vittima.

¹¹⁹ Cfr. MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 92 ss.

¹²⁰ KURKI L., *Restorative and Community Justice in the United States, Crime and Justice*, 27, 2000, 235 ss.

¹²¹ WALGRAVE L., *Restorative Justice, Self - interest and responsible citizenship*, Cullompton, 2-3, 2008, 6.

¹²² KURKI L., *op. cit.*, 238.

Ma l'incidenza dell'elemento comunitario non si limita a potenziare, per così dire, i vantaggi della Giustizia riparativa in termini di risocializzazione del reo e coinvolgimento della vittima ma possiede altresì un effetto suo proprio, rappresentato dal rafforzamento dei legami sociali all'interno della comunità.

Certamente è del tutto irrealistico pensare di ricavare dai dati statistici desunti dall'analisi di esperienze di Giustizia riparativa anche molto diverse tra loro conclusioni univocamente corroboranti l'idea che questa rinforzi in misura maggiore rispetto alla giustizia tradizionale l'elemento comunitario e, dunque, di riflesso, la sicurezza collettiva: servirebbero dati di lungo periodo, attualmente indisponibili, ed un minuzioso studio di tutte le possibili variabili incidenti sul fattore, nonché - a monte - una chiara e condivisa accezione del concetto di sicurezza collettiva su cui impostare l'analisi.

Sembra forse ottimistico sostenere che la Giustizia riparativa, ripristinando gli equilibri all'interno delle microcomunità, possa avere un impatto tale da causare riduzioni del tasso di criminalità ad un livello "macro".

Tuttavia, vi sono molteplici evidenze¹²³ di minori tassi di criminalità nei contesti in cui le comunità mostrano più forti legami sociali. Ed è altrettanto innegabile che la Giustizia riparativa contribuisca a rinforzare tali legami, come è emerso da famose esperienze concrete, come quelle sudafricane e nordirlandesi¹²⁴, in cui la Giustizia riparativa ha agito da strumento di legittimazione dello Stato - apparato attraverso una profonda valorizzazione dello Stato - comunità, in contesti in cui laceranti conflitti interni avevano messo pericolosamente in forse il ruolo del primo.

È quindi dimostrato che la ricostruzione dei legami sociali all'interno di una microcomunità possa avere implicazioni non trascurabili sul tasso di devianza in quel determinato contesto, non da ultimo contribuendo anche ad una netta riduzione del numero oscuro, attraverso l'emersione volontaria di un numero ben più elevato di reati rispetto a quelli individuati dalla giustizia tradizionale¹²⁵, nonché ad un migliore funzionamento complessivo del sistema di agenzie di controllo informale. Come sottolineato da Kurki¹²⁶, la Giustizia riparativa manifesta un grande potenziale nel trasformare i reati in opportunità positive di creazione di nuovi rapporti e di rafforzamento di nuove comunità, rinforzando le radici della democrazia.

¹²³ HOPE T., *Community Crime Prevention*, in *Building a Safer Society: Strategic Approaches to Crime Prevention*, a cura di M. Tonry e D. P. Farrington, *Crime and Justice: A Review of Research*, vol. 19, M. Tonry (a cura di), Chicago, 1995.

¹²⁴ CERETTI A., *Quale perdono è possibile donare? Riflessioni intorno alla commissione per la verità e la riconciliazione sudafricana*, in *Dignitas*, 6, 2004, 32 ss.; REGGIO F., *op. cit.*, 20.

¹²⁵ BRAITHWAITE J., *op. cit.*, 16, ricorda, a titolo esemplificativo, come il progetto riparativo condotto ad Hollow Water portò all'emersione di quarantotto casi di violenza sessuale su minori in una comunità di circa seicento individui.

¹²⁶ KURKI L., *Evaluating Restorative Practices*, in *Restorative Justice and Criminal Justice*, A. Von Hirsch - J. V. Roberts - A. E. Bottoms - K. Roach - M. Schiff (a cura di), 2003, 293.

La forte efficacia dell'elemento comunitario appare del tutto sorprendente se si considera l'egemonia della sanzione autoritativa tradizionale, sia nel sistema normativo che nell'opinione pubblica. Probabilmente, per quanto soppressa da secoli di vero e proprio "apriorismo punitivo", l'idea della riparazione del danno è in realtà più innata e diffusa tra i consociati di quella dell'inflizione intenzionale di una sofferenza attraverso dinamiche istituzionali. Come sottolineato da Roberts e Hough¹²⁷, infatti, l'opinione pubblica è probabilmente restia ad abbandonare la nozione tradizionale di pena, ma allo stesso tempo essa trova insoddisfacente il tradizionale sistema punitivo e potrebbe dunque supportare, a date condizioni, alternative non carcerarie improntate alla riparazione e alla valorizzazione del ruolo della comunità.

L'elemento comunitario nella Giustizia riparativa, d'altronde, appare profondamente in sintonia con le recenti tendenze di valorizzazione della sovranità popolare e della democrazia diretta, attraverso una rifondazione non statalistica del diritto pubblico, che metta in discussione il primato del legislatore quale organo politico detentore della sovranità nell'identificazione Diritto/Stato¹²⁸.

Il ruolo della comunità nei processi di Giustizia riparativa rappresenta una partecipazione maggiormente consapevole della società civile alla *respublica*, quale effettiva affermazione della sovranità popolare, antitetica ad una supremazia della legge scollegata dalla nozione di comunità. Essa si tradurrebbe in un modello di democrazia più autentico, in quanto più vicino ai cittadini, ma anche più complesso ed articolato nei processi decisionali, compromesso imprescindibile se non si vuole impropriamente confondere la democrazia con il plebiscitarismo¹²⁹.

Il maggiore coinvolgimento della comunità nei processi di Giustizia riparativa, infatti, potrebbe rappresentare uno strumento, sebbene non certo l'unico, capace di sconfessare la perdurante ideologia della democrazia indiretta, funzionale unicamente a mantenere l'illusione che la sovranità appartenga al popolo, nonostante la funzione del corpo elettorale sia in realtà limitata alla creazione dell'organo legislativo, la cui volontà è, come in ogni sistema improntato sull'istituto della rappresentanza, ontologicamente diversa da quella del rappresentato¹³⁰.

Il ruolo dell'elemento comunitario rappresenta, dunque, sicuramente il risvolto di interesse più immediatamente pubblicistico della Giustizia riparativa, che testimonia come il conflitto sottostante il reato non possa essere del tutto ridotto ad una questione meramente privata tra le parti¹³¹. Tuttavia, questo potenziale appare ancora misconosciuto e, di conseguenza, largamente irrealizzato

¹²⁷ ROBERTS J. V. – HOUGH M., *Public Attitudes to Punishment: The Context*, in *Changing attitudes to punishment: public opinion, crime and justice*, J. V. Roberts – M. Hough (a cura di), 1, 6, 2002; WRIGHT M., *What the Public Wants*, in *Mediation and criminal justice: victims, offenders and community*, M. Wright – B. Galaway (a cura di), 1989, 264.

¹²⁸ LUCARELLI A., *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2014, in <http://www.costituzionalismo.it/articoli/492/>, 13 ss.

¹²⁹ LUCARELLI A., *op. cit.*, nota 124.

¹³⁰ KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 1945, Milano, 1959, 296.

¹³¹ WALGRAVE L., *Investigating the potentials of Restorative Justice practice*, 91, 2011.

e poco studiato, benché rappresenti, sulla carta, uno dei tratti caratterizzanti della Giustizia riparativa.

1.4. I vizi dei processi riparativi: la perdita delle garanzie dello Stato di diritto

Se quelle finora analizzate sono considerate le virtù della Giustizia riparativa, tale ideale di giustizia non ha mancato di attirare anche feroci critiche. Come accortamente sottolineato, gli operatori del diritto hanno mostrato di nutrire verso questo ideale di giustizia «un atteggiamento ambivalente, che oscilla tra i poli opposti dell'adesione fideistica e del rifiuto aprioristico»¹³².

Il punto più dolente riguarda la tenuta del principio di eguaglianza e delle garanzie procedurali nei processi ispirati all'ideale di Giustizia riparativa, generalmente del tutto deformalizzati e affidati al consenso delle parti. La soppressione o la forte riduzione del ruolo dello Stato, dunque, limitato a compiti coadiuvanti e facilitatori dei processi riparativi, presenta notevoli problematiche nel caso in cui questi ultimi abbiano ad oggetto dei reati, ovvero fatti intrinsecamente di interesse pubblico, e non mere questioni privatistiche di interesse delle parti. Secondo i critici della Giustizia riparativa¹³³, dunque, questo modello è inattuabile perché lo Stato deve conservare il controllo sulla giustizia penale per ragioni di tenuta del sistema e rispetto delle garanzie individuali.

Secondo Ashworth¹³⁴ la Giustizia riparativa implica un radicale cambio di prospettiva, presupponendo la rinuncia al concetto secondo cui la giustizia penale è una materia che interessa solo lo Stato e il reo; tuttavia un tale cambio di prospettiva non può prescindere dal rispetto delle garanzie e dei diritti fondamentali del reo, che devono essere assicurati in qualsiasi processo scaturito dalla commissione di un reato¹³⁵, quale irrinunciabile contropartita dello Stato sociale di diritto. L'elasticità dei processi di Giustizia riparativa può dunque connotarli, secondo i loro critici¹³⁶, di una "ingiustizia" potenzialmente pericolosa, connessa altresì ad un trattamento per l'autore del reato che muti a seconda dello stato della vittima, compassionevole o vendicativa, povera o ricca, collaborativa o meno che sia.

Impostazioni politico - criminali "vittimocentriche", inoltre, possono essere occasione per una strumentalizzazione politica, alimentata più dalla ricerca di facili consensi da parte della maggioranza, che da una reale attenzione per le legittime esigenze di tutela della vittima. Ciò può

¹³² MANNOZZI G., *Giustizia penale e giustizia riparativa: alternative o destini incrociati?*, in *Themis - Rivista giuridica*, III, 2011, n. 9, p. 37.

¹³³ ASHWORTH A., *Responsibilities, rights and Restorative Justice*, in *Brit. J. Criminol.*, 2002, 42, 585.

¹³⁴ ASHWORTH A., *op. cit.*, 578 ss.

¹³⁵ Il rispetto delle garanzie procedurali è un tratto caratterizzante anche delle numerose fonti internazionali sul punto. Cfr. ECOSOC, *Resolution 2002/12: Basic principles on the use of RJ programmes in Criminal Justice matters*, reperibile in <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>.

¹³⁶ ROBINSON P. H., *The virtues of Restorative processes, the vices of "Restorative Justice"*, in *Utah Law Review*, 2003, 1, 375 ss.

condurre ad una vera e propria deriva populistica del controllo penale, capace di scardinare i principi garantistici del diritto penale “classico”¹³⁷.

La perdita delle garanzie che necessariamente devono corredare le restrizioni della libertà personale dell'individuo si manifesta sottoforma di un'ulteriore problematica della Giustizia riparativa, rappresentata dal potenziale *net-widening effect*: con questa espressione si sottolinea che la Giustizia riparativa, anziché estendere i confini della libertà dell'individuo in ragione di un diritto più “mite”¹³⁸, finisce più spesso per restringere le reti del controllo formale statale, sostituendole però con controlli informali che interessano comportamenti i quali, per la loro scarsa o del tutto assente lesività, sarebbero risultati estranei al controllo formale. Sebbene i dati siano scarsi, il *net – widening effect* appare maggiormente probabile nei sistemi in cui i procedimenti riparativi siano attivati su istanza degli organi di polizia¹³⁹.

Il rischio di disparità di trattamento connesso alla completa deformalizzazione delle procedure, sprovviste delle garanzie del diritto penale classico, si ricollega ad un'ulteriore critica che viene mossa ai processi di Giustizia riparativa, secondo la quale questi possono costituire occasione di stigmatizzazione nei confronti degli autori dei reati, favorendo riletture moraleggianti o denigratorie del fatto. Questo rischio non sempre può essere neutralizzato con una equilibrata composizione del novero dei partecipanti al processo riparativo, che non tralasci la presenza anche di membri a favore del reo.

Infatti tra le critiche mosse al concetto di Giustizia riparativa vi è anche quella che concerne il ruolo della comunità, il cui concetto non è inteso in senso unanime¹⁴⁰, nei processi riparativi. La questione, che inficia la stessa valenza dell'elemento comunitario nelle applicazioni concrete della Giustizia riparativa, riguarda in primo luogo l'individuazione dei confini di questo concetto nelle società postmoderne, in cui ciascun individuo è membro di *cross-cutting communities* dai contorni cangianti e poco definiti. Infatti, la comune affermazione dei critici della Giustizia riparativa, anche di fronte ai più fiorenti programmi diffusi nelle grandi metropoli multiculturali, è che questa potrebbe funzionare bene soltanto in contesti semplici, come quelli rurali, ma non certo nelle attuali società occidentali post-industrializzate. D'altro canto, si ritiene che l'accettazione della

¹³⁷ PALAZZO F., *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. MANNOZZI - G. A. LODIGIANI, Bologna, 2015, 71.

¹³⁸ La nota espressione è di ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.

¹³⁹ BRAITHWAITE J., *op. cit.*, 93.

¹⁴⁰ MORRIS A. - MAXWELL G., *Implementing Restorative Justice: what works?*, in *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, A. Morris - G. Maxwell (a cura di), Oxford, 2001, 267 ss.; REGGIO F., *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, Milano, 2010, 90 ss. Secondo REGGIO F., *op. cit.*, 79, il concetto di comunità rappresenta un *endoxon* apparente, intorno al quale si condensa un consenso superficiale, ad onta delle diverse conclusioni, non di rado incompatibili tra loro, che si deducono da esso.

legittimazione di forme tradizionali di controllo sociale è sicuramente molto più agevole all'interno di una società monoculturale.

Ma, in secondo luogo, pur volendo prescindere dal forte rischio di idealizzazione e dall'evanescenza del concetto di comunità, i critici sottolineano che la maggior parte delle comunità, soprattutto quelle familiari ed etniche, spesso si fondano sulle dinamiche di esclusione sociale e su asimmetriche distribuzioni di potere. Come, secondo la critica femminista, il ruolo della comunità non è altro che un'imposizione del modello ideologico del maschio dominante¹⁴¹, così i processi riparativi del tutto delegati alle comunità etniche di minoranza comportano il rischio, secondo i loro critici, che i membri più forti della comunità depotenzino le cosiddette tutele esterne¹⁴² offerte dalle leggi dello Stato e tese a proteggere indistintamente tutti, ma soprattutto i soggetti più deboli del gruppo.

In una società multiculturale¹⁴³ la totale assenza di supervisione statale circa il rispetto dei diritti umani renderebbe del tutto impossibile comprendere se i soggetti puniti non siano dei "dissidenti culturali" che con un controllo statale avrebbero ricevuto una tutela indifferenziata rispetto alla generalità dei consociati. Senza supervisione statale non c'è modo alcuno di assicurare che venga protetto il diritto del membro di un gruppo culturale minoritario di distinguersi, correndo il rischio di legittimare una dittatura della maggioranza interna al gruppo.

La difficoltà di individuazione del concetto di comunità ed il rischio di una eccessiva autonomia delle stesse comunità nella gestione del conflitto, oltre ad inficiare l'efficacia delle procedure riparative, rappresentano, dunque, un ulteriore fattore che pone a serio rischio i principi dello Stato di diritto, comportando il rischio di trattamenti ingiustificatamente differenziati. L'imparzialità e l'uguaglianza sono dunque valori che possono situarsi in forte tensione con la partecipazione alle procedure riparative e l'*empowerment* di tutti i portatori di interessi nella gestione del conflitto sotteso al reato.

1.4.1. I vizi dei processi riparativi: le alterazioni delle funzioni della pena

In secondo luogo, i critici della Giustizia riparativa sottolineano l'effetto neutralizzante che quest'ultima esercita sulle tradizionali funzioni della pena che, a seconda del contesto socio - ordinamentale, connotano i sistemi penali.

¹⁴¹ OKIN S. M., *Is multiculturalism bad for women?*, in *Is multiculturalism bad for women?*, S. M. Okin (a cura di), New York, 1999.

¹⁴² KYMLICKA W., *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999.

¹⁴³ UTHEIM R., *Restorative Justice, Reintegration, and Race: Reclaiming Collective Identity in the Postracial Era*, in *Anthropology & Education Quarterly*, 2014, 45, 4, 355 ss.

La funzione generalpreventiva negativa risulterebbe vulnerata perché la possibilità di ottenere risposte riparative, se del caso plurime, in ordine al delitto commesso indebolirebbe il messaggio normativo e la minaccia ad esso connessa.

La funzione retributiva risulterebbe alterata perché la Giustizia riparativa contrasterebbe il principio di proporzionalità della sanzione, intesa in senso ampio come collegamento non solo con il fatto ma anche con la personalità del reo: in altri termini, la Giustizia riparativa contribuirebbe a legittimare violazioni del principio di colpevolezza, legittimando una sanzione inferiore o esorbitante rispetto a quella che il reo merita, conseguenza inaccettabile in un sistema rigidamente retribuzionista.

Anche dal punto di vista specialpreventivo non mancano voci critiche che smentiscono l'asserita efficacia sinergica della Giustizia riparativa rispetto agli obiettivi di risocializzazione del reo. Si ritiene, infatti, che le procedure ispirate alla Giustizia riparativa possano concorrere addirittura ad aumentare il tasso di crimine: secondo questa critica – in controtendenza rispetto a coloro che ritengono le procedure riparative proattive rispetto alla riduzione del numero oscuro e del tasso di recidiva – l'aumento del crimine rappresenterebbe un risultato ineludibile dell'incontro tra le parti nei processi di Giustizia riparativa. Tali incontri, infatti, rappresentano occasioni in cui i delinquenti conoscono meglio l'identità della loro vittima e le caratteristiche del suo stile di vita che ne possono agevolare la rivittimizzazione, anche attraverso comportamenti tenuti all'interno stesso del procedimento riparativo.

1.4.2. I vizi dei processi riparativi: i rischi di vittimizzazione secondaria

Sebbene la vittima sia un sicuro protagonista nelle procedure riparative, dal momento che il conflitto per così dire le appartiene¹⁴⁴, gli studi in tema di vittimizzazione secondaria rappresentano per i critici della Giustizia riparativa un ulteriore motivo che dovrebbe indurre a guardare con maggiore disincanto i processi ispirati alla Giustizia riparativa.

Secondo i critici, infatti, la visione del processo di accentramento del potere statale come un'usurpazione del conflitto ai danni della vittima è il frutto di un'interpretazione alquanto romantica, se non mistificatoria; innegabilmente, infatti, esiste un considerevole interesse pubblico nella repressione dei crimini che impedisce la loro considerazione come mere questioni private. Questo non vuol dire negare il diritto della vittima alla riparazione dei danni da essa subiti, ma tale diritto non può scotomizzare l'interesse pubblico¹⁴⁵ nella repressione del crimine la cui gestione pubblicistica, pertanto, non può essere vista come un'usurpazione.

¹⁴⁴ CHRISTIE N., *Conflicts as property*, in *Brit. J. Criminol.*, 1971, 17, 1 ss.

¹⁴⁵ ASHWORTH A., *op. cit.*, 585.

Secondo la critica più estrema, mescolare impropriamente aspetti che andrebbero invece tenuti ben distinti come la compensazione, ispirata a logiche privatistiche, e la repressione, permeata da finalità politico - criminali pubblicistiche, rappresenterebbe il principale vizio genetico della Giustizia riparativa. Ciò dovrebbe suggerire - in piena controtendenza con quanto accade attualmente - di limitare i diritti sostanziali e processuali delle vittime anche all'interno dei procedimenti riparativi, attribuendo a politiche e strumenti extrapenalistici il compito di fornire alle vittime supporto, servizi e compensazioni statali senza influenzare la decisione del giudice circa l'accertamento della responsabilità e la commisurazione della relativa pena.

1.5. Le ragioni alla base dell'adozione di un modello massimalista di Giustizia riparativa

A dispetto del declino dello statalismo e della crescente responsabilizzazione di altre agenzie di controllo sociale, le osservazioni dei critici della Giustizia riparativa non sembrano dunque colpire il modello riparativo in sé e la sua sostenibilità teorica e pratica, ma si limitano a propugnare la necessità di preservare un ruolo importante dello Stato nell'amministrazione della giustizia attraverso le garanzie tipiche del controllo statale.

Il messaggio da trarre, dunque, non è quello di una intrinseca difettosità della Giustizia riparativa, ma di una sua necessaria rilettura che, pur esplicandone le potenzialità, preservi i principi dello Stato sociale di diritto.

In relazione alle criticità riscontrate nei procedimenti riparativi, dunque, si può sostenere che le critiche mosse contro la Giustizia riparativa sono dotate di maggiore persuasione se mosse ad un concetto puro di Giustizia riparativa e non verso un concetto massimalista; quest'ultimo, infatti, dialogando più facilmente con un sistema tradizionale di giustizia, permette di contemperare meglio le esigenze della Giustizia riparativa con il rispetto delle garanzie fondamentali e con un intervento attivo dello Stato.

Per quanto concerne gli effetti virtuosi della Giustizia riparativa, rappresentati dalla soddisfazione della vittima e dalla riduzione del tasso di recidiva, non senza una qualche (imprescindibile) generalizzazione, dovuta anche ai diversi contesti di estrapolazione dei diversi dati statistici, è possibile sostenere che i procedimenti riparativi improntati ad un concetto *process - based* di Giustizia riparativa, pertanto esclusivamente volontaristici, fermo restando l'inevitabile *self - selection* che li caratterizza, sono considerati più efficaci non solo in confronto alla giustizia tradizionale ma anche in relazione agli strumenti riparativi coattivi.

Tuttavia, gli strumenti riparativi coattivi devono ritenersi comunque preferibili alle forme sanzionatorie classiche su cui è improntato in maniera maggioritaria il diritto penale occidentale, in quanto, senza ostare ad un approccio incentrato sul reo e finalizzato alla sua risocializzazione, si

pongono rispetto a tali forme tradizionali in termini di maggiore efficacia nei confronti delle vittime e della comunità, rappresentando probabilmente una scelta di *second best* in relazione ad un modello “puro” di Giustizia riparativa, ma indubbiamente un *first best* rispetto alla giustizia autoritativa tradizionale.

Ne consegue che il concetto massimalista di Giustizia riparativa, sebbene sia da considerare meno efficace in relazione ai vantaggi della Giustizia riparativa, compensa questa asserita minore efficacia con un’altrettanto minore problematicità circa i presunti difetti di questo ideale di giustizia. Dal punto di vista dei rapporti tra Giustizia riparativa e giustizia ordinaria la versione massimalista rappresenta, dunque, la strada preferibile.

Il concetto massimalista di Giustizia riparativa, infatti, tenta di cambiare il sistema di giustizia tradizionale in sé, così da tramutarlo principalmente in un sistema riparativo che conosce la possibilità di sanzioni coercitive orientate alla riparazione, «affinché il sistema penale possa diventare, laddove possibile, un’opportunità per il superamento “costruttivo” del conflitto, per la riconduzione al contatto sociale di chi, con la propria condotta, ha “rotto” il patto, per la ricostruzione dei legami sociali e perciò, in ultima analisi, possa porsi finalmente come “struttura di pace”»¹⁴⁶.

D’altronde, le prime elaborazioni della Giustizia riparativa che la delineavano come radicale alternativa alla giustizia tradizionale sono apparse ben presto un’utopica neutralizzazione delle caratteristiche della Giustizia riparativa e dei suoi congeniti limiti, che la rendono, secondo i più, del tutto insuscettibile di coprire il medesimo ambito applicativo della giustizia tradizionale.

Nella giustizia tradizionale il principale agente collettivo è lo Stato, e non la comunità, il che comporta una risposta al crimine *top-down*, imposta attraverso un insieme di regole predefinite e astratte, senza alcun *input* proveniente dagli individui portatori di un interesse diretto nelle conseguenze del reato. Contrariamente alle procedure formalizzate e razionali di giustizia tradizionale, i processi di Giustizia riparativa sono invece informali e puntano molto sull’aspetto emotivo del conflitto.

Allo stesso tempo, però, più si consolidavano i dubbi su una possibile sostituzione completa della giustizia ordinaria, più la Giustizia riparativa guadagnava credibilità ed accettazione sociale come elemento di una complessiva risposta al crimine: si rivelava urgente la riflessione su come essa potesse essere inserita in un organico rapporto funzionale con la giustizia ordinaria.

D’altronde, anche nei Paesi anglosassoni il cosiddetto modello “*stand - alone*” di Giustizia riparativa, caratterizzato dall’assenza di qualsiasi cornice legale per i programmi riparativi, destinati

¹⁴⁶ MANNOZZI G. - LODIGIANI A., *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico - didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 136.

ad operare all'esterno del sistema penale, pur comportando vantaggi nel breve periodo associati alla flessibilità e alla potenziale estensione dell'ambito applicativo delle prassi riparative, nel lungo periodo ha dimostrato notevoli svantaggi, rappresentati dalla scarsa efficacia incisiva sul sistema. L'implementazione dell'approccio riparativo ha dimostrato di avere maggiori probabilità di successo, ancorché ovviamente giammai del tutto garantite *a priori*, quando esso è formalmente e pienamente incorporato all'interno del sistema di giustizia tradizionale ("*fully integrated model*")¹⁴⁷.

Negli anni più recenti la visione antagonista del modello riparativo è stata, dunque, largamente messa in discussione, anche alla luce delle pesanti ipoteche che affliggono il modello *process-based* di Giustizia riparativa. Sta diffondendosi sempre più tra gli esperti il convincimento che non possa più sostenersi una distinzione netta tra Giustizia riparativa e giustizia tradizionale¹⁴⁸. D'altronde le esperienze della prassi dimostrano come i sistemi penali, sia di *Civil law* che di *Common law*, abbiano progressivamente assimilato i modelli tradizionali di Giustizia riparativa, adattandoli ai diversi sistemi e piegandoli a varie, non sempre coerenti, finalità¹⁴⁹.

Come hanno notato Dignan e Lowey «By establishing *Restorative Justice* as a mainstream response that operates at the heart of the criminal justice system, it is much more likely that the problems of marginalisation and subordination that are associated with stand-alone programmes or a partially integrated compromise approach will be avoided»¹⁵⁰.

In seguito all'adozione del concetto massimalista di Giustizia riparativa, maggiormente funzionale al rispetto delle garanzie dell'individuo e ad un giusto compromesso tra criticità ed efficacia, si pongono però importanti interrogativi in relazione al rapporto tra giustizia ordinaria e procedure riparative; rapporti da condurre secondo precise direttive desunte da una virtuosa integrazione teleologica tra i due sistemi.

1.6. Quali direttrici per un rapporto tra Giustizia riparativa e giustizia tradizionale?

La prospettiva di analisi e verifica della compatibilità con il sistema penale di un ideale di giustizia completamente diverso va condotta in termini teleologici. Il quesito fondamentale, pertanto, attiene alla ricerca del giusto equilibrio tra processi informali e garanzie procedurali, tra singole comunità e

¹⁴⁷ DIGNAN J. - MARSH P., *Restorative Justice and Family Group Conferencing in England: Current State and Future Prospects*, in *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, A. Morris - G. Maxwell (a cura di), Oxford, 2001, 85 ss.

¹⁴⁸ WALGRAVE L., *Integrating criminal justice and Restorative Justice*, in AA.VV., *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton - Portland, 2007, 564.

¹⁴⁹ MANNOZZI G., *Giustizia penale e giustizia riparativa: alternatività o destini incrociati?*, in *Themis - Rivista giuridica*, III, 2011, n. 9, p. 37.

¹⁵⁰ DIGNAN J. - LOWEY K., *Restorative Justice Options for Northern Ireland: A Comparative Review*, Belfast, 2001, 49.

Stati organizzati e complessi, tra la ricchezza e la creatività dell'approccio *bottom – up* con la chiarezza e il rigore dell'approccio *top - down*¹⁵¹.

Secondo Fuller¹⁵², il difficile rapporto tra giustizia tradizionale e Giustizia riparativa si giustificerebbe proprio in ragione del diverso *τέλος* che anima i due ideali. I processi di stampo legale, infatti, rispondono principalmente a domande che esigono risposte nette, come “L'imputato ha commesso questo?”, “Quanto dovrebbe essere punito?”. Il processo riparativo, invece, la cui funzione è appunto dare spazio ad un dialogo ricostruttivo dei legami sociali, si interessa dell'aspetto “policentrico” del conflitto, caratterizzato da molteplici cause e molteplici soluzioni, quasi del tutto pretermesso dal modello giudiziale tradizionale.

Tuttavia, ferme restando le innegabili diversità strutturali tra i due ideali di giustizia¹⁵³, si è progressivamente consolidato l'orientamento che ne evidenzia le potenziali affinità “megafunzionali”¹⁵⁴. È da queste affinità megafunzionali che occorre partire per delineare le direttrici teoriche intorno alle quali imbastire un funzionale rapporto tra Giustizia riparativa e giustizia tradizionale, da vagliare poi alla luce dell'assetto costituzionale cogente. Tali direttrici teoriche, dunque, rappresentano un'analisi preliminare e, per così dire, ancora situata ad un livello “metagiuridico”, utile in una prospettiva metodologica e gnoseologica.

In ragione dei fini cui è preposto l'attuale sistema penale, la prima linea direttrice è rappresentata dalla congrua valorizzazione dell'elemento “pubblico” all'interno di un sistema di giustizia tradizionale che dialoghi con la Giustizia riparativa.

Come sottolineato prevalentemente dai critici della Giustizia riparativa, il crimine non può essere visto esclusivamente come un conflitto privato, poiché la criminalizzazione stessa rappresenta la forma dell'interesse della società verso un determinato conflitto, la cui totale privatizzazione potrebbe piuttosto fomentare vendette private, indebolendo la sicurezza del vivere civile e la fiducia nelle regole comuni¹⁵⁵.

Da ciò consegue che la prospettiva di integrazione tra Giustizia riparativa e giustizia tradizionale deve necessariamente includere non solo la dimensione della comunità ma anche quella statale. L'interesse pubblico di prevenire e reprimere fatti che, in quanto offensivi di beni giuridici, sono

¹⁵¹ WALGRAVE L., *Integrating criminal justice and Restorative Justice*, cit., 559 ss.

¹⁵² FULLER L., *The Morality of Law*, New Haven: Conn., 1964.

¹⁵³ BARTOLI R., *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2016, 96 ss.

¹⁵⁴ La definizione è di BARTOLI R., *ult. op. cit.*, 107; parte da una logica di complementarità e non di opposizione tra giustizia penale e *Restorative Justice* anche la riflessione di MANNOZZI G., *La “visione” di Raffaello: giustizia, filosofia, poesia e teologia*, *Restorative Justice. Ricostruire legami, ricostruire persone*, G. Mannozi - G. A. Lodigiani (a cura di), Bologna, 2015, 225 ss.; cfr., più diffusamente, MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 368 ss.

¹⁵⁵ VON HIRSCH A. - ASHWORTH A. - SHEARING C., *Specifying aims and limits for Restorative Justice. A “making amends” model?*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, Von Hirsch A. - Roberts J. - Bottoms A. E. - Roach K. - Schiff M. (a cura di), Oxford e Portland, 2003, 21 ss.

criminalizzati e non perseguiti solo civilmente, quale contropartita del patto sociale nei confronti dei consociati, non può esentare totalmente lo Stato da una sua responsabilità nei processi di Giustizia riparativa. D'altronde, la rilevanza pubblicistica del reato rappresenta il motivo principale per quale il coinvolgimento della persona offesa, fino al limite estremo del suo perdono, può non essere sufficiente a ritenere soddisfatte le esigenze connesse alla funzione della pena, perché tale coinvolgimento non sempre riesce a neutralizzare le conseguenze del reato sui soggetti coinvolti e sui consociati¹⁵⁶.

Il ruolo dello Stato è inoltre essenziale anche in un'ottica di maggiore tutela della vittima, perché allevia quest'ultima dal fardello, emotivo e pratico, di farsi giustizia da sé, evitando così l'instabilità sociale che può derivare da una giustizia completamente privatizzata.

La dimensione statale - pubblicistica è, inoltre, strettamente legata alla seconda direttrice da valorizzare in un'ottica di integrazione, rappresentata dal profilo delle garanzie formali: perché sia accettabile in uno Stato democratico, la Giustizia riparativa deve assicurare garanzie basate su *standard* legali, paragonabili a quelle assicurate dalla giustizia tradizionale, sebbene declinati probabilmente in termini non identici. Il tema delle garanzie formali si fonda sull'assunto secondo cui gli istituti di Giustizia riparativa sono pur sempre espressione di un potere, pubblicistico o privato che sia; ne deriva che tale potere va comunque sottoposto a controlli, dovendo i cittadini essere difesi dai rischi di arbitrio, sia che provengano dai potenti del gruppo che dalle autorità pubbliche, attraverso regole riconoscibili e garanzie legali nell'applicazione delle stesse. In altri termini, distinguere la riparazione dai sistemi punitivi non significa rinnegare che l'autoritatività va circondata da garanzie legali, poiché queste mantengono le azioni nei confini della proporzionalità e del rispetto dei diritti individuali¹⁵⁷.

A tal proposito, alcuni studiosi¹⁵⁸ dubitano che l'integrazione tra giustizia ordinaria e Giustizia riparativa sia possibile: pur riconoscendo il valore astratto della Giustizia riparativa, ritengono tale modello inadoperabile in ragione del potenziale *vulnus* che esso può arrecare alle garanzie formali. Ciò comporterebbe un confino della Giustizia riparativa ai margini del sistema di giustizia penale, la cui risposta principale resterebbe sempre quella tradizionale, per tutelare le sopra enunciate ragioni di controllo statale e di salvaguardia delle garanzie formali.

La maggior parte degli studiosi è, tuttavia, concorde nel ritenere possibile realizzare una cornice legale di garanzie formali per la Giustizia riparativa - e quindi un rapporto di intersezione con la

¹⁵⁶ ROBINSON P. H., *op. cit.*, 381.

¹⁵⁷ Propongono un sistema di *Restorative Justice* all'interno di un sistema penale improntato a pene proporzionate VON HIRSCH A. - ASHWORTH A. - SHEARING C., *Specifying aims and limits for Restorative Justice. A "making amends" model?*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, Von Hirsch A. - Roberts J. - Bottoms A. E. - Roach K. - Schiff M. (a cura di), Oxford e Portland, 2003, 21 ss.

¹⁵⁸ ASHWORTH A., *op. cit.*, 578 ss.

giustizia ordinaria e non di completa separazione - sebbene non ci sia altrettanta concordia su come realizzarla, giacché tale aspetto concreto non può non risentire inevitabilmente del contingente contesto socio - ordinamentale di riferimento.

Da un punto di vista concettuale, la valorizzazione dell'elemento statale e la connessa tutela delle garanzie formali inducono a configurare la realizzazione della Giustizia riparativa nel diritto penale in un'ottica complementare e sinergica: la giustizia tradizionale dovrebbe riespandersi in relazione ai rei o alle vittime che rifiutano legittimamente il percorso riparativo, o per quei casi in cui eventuali sbocchi di Giustizia riparativa, già espletati, sono falliti. Anche una versione meramente diversionista della Giustizia riparativa, finalizzata a sottrarre quanti più casi possibile all'intervento penale autoritativo classico, generalmente si pone comunque in un'ottica complementare e selettiva. Tenzialmente la Giustizia riparativa non involge i cosiddetti delinquenti "intrattabili", di volta in volta rappresentati dai recidivi, o da delinquenti tipologicamente qualificati, considerati immeritevoli, per la loro elevata capacità a delinquere, di un trattamento ritenuto troppo benevolo come quello riparativo.

Tuttavia, sebbene sia sicuramente ragionevole presumere che gli strumenti riparativi siano immediatamente più efficaci per i delinquenti primari o i cosiddetti rei virtuosi, se non altro per i minori effetti desocializzanti correlati a tali strumenti, occorre guardarsi bene dall'escludere determinati soggetti *ipso jure* dalla possibile applicazione di istituti riparativi, pena la palese violazione di elementari principi di parità di trattamento, nonché un più generale depotenziamento dell'ambito applicativo della Giustizia riparativa di fronte alla creazione di ingiustificati "doppi binari".

Il modello massimalista assicura, anche da tale punto di vista, l'ambito più ampio ed efficace alla Giustizia riparativa. Innestandosi all'interno della giustizia ordinaria attraverso il ricorso altresì a sanzioni riparative e non solo a moduli pienamente consensuali, il modello massimalista contribuisce maggiormente ad evitare la costruzione di sottosistemi riparativi paralleli composti da casi bagatellari, che escludano *ipso jure* i casi più gravi, le cui vittime, al contrario, possono essere proprio quelle che necessitano maggiormente di un approccio riparativo¹⁵⁹.

In termini analoghi, l'esclusione da qualsiasi istituto riparativo ancorché non consensuale dei casi in cui i rei non siano cooperativi risulterebbe del tutto irragionevole, poiché al contrario occorre offrire loro comunque uno snodo riparativo, per quanto diverso dalla mediazione che, per sua natura, non può essere mai imposta dal giudice¹⁶⁰.

¹⁵⁹ MOCCIA S., *La mediazione come alternativa alla sanzione penale*, in *Mediazioni, conflitti e società complesse*, M. Ferrara - C. Pucciarelli - C. Troisi (a cura di), Avellino, 2006, 41 ss.

¹⁶⁰ WALGRAVE L., *On Restoration and Punishment: favourable similarities and fortunate differences*, in *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, A. Morris - G. Maxwell (a cura di), Oxford, 2001, 17 ss.

L'esclusione dagli strumenti riparativi deve, piuttosto, dipendere dall'assenza delle condizioni strutturali necessarie per l'espletamento del processo riparativo, vagliate attraverso un filtro di ragionevolezza, e non da (pre)giudizi spesso permeati da ideologie securitarie e simboliche.

Tale prospettiva conduce a ritenere che l'integrazione tra Giustizia riparativa e giustizia tradizionale deve privilegiare la risposta riparativa come *first best*, fin quando ciò appaia ragionevole, in un'ottica di bilanciamento con eventuali controinteressi non permeato da logiche d'autore. Indubbiamente i delinquenti primari autori di reati lievi possono assurgere ad ambito elettivo, ma senza esclusioni automatiche e pregiudiziali (*rectius* che non siano dipese dall'assenza dei requisiti strutturali necessari per le soluzioni riparative) per determinate categorie di rei e di reati.

All'interno di un'opzione di tipo riparativo, il generale principio di proporzionalità impone di limitare allo stretto necessario l'intervento autoritativo, classico o riparatorio che sia¹⁶¹, e di lasciare quanto più spazio possibile, purché ne sussistano le condizioni, ai processi volontari in un sistema di Giustizia riparativa. In altri termini, ogniqualevolta ne sussistono le condizioni, l'*upgrading* verso forme riparative consensuali è da prediligere; in seconda battuta, se le forme consensuali non possono trovare spazio per insussistenza dei requisiti, il conflitto deve essere gestito attraverso dinamiche connotate da livelli meno afflittivi, se del caso valorizzando la spontanea riparazione da parte del reo nei confronti della vittima non collaborativa e/o della comunità ovvero, in un'ottica coattiva, predisponendo sanzioni riparative a carico dei rei renitenti a favore della vittima e/o della comunità.

La cornice legale per la Giustizia riparativa deve dunque essere impostata al fine di rendere prioritaria la possibilità di processi volontari deliberativi, che vanno eletti come strumento principale, laddove possibile, per risolvere la maggioranza dei casi. Nel caso in cui questi non siano realizzabili, l'intervento penale deve comunque mantenere opzioni parzialmente riparative, ancorché coercitive. Solo in via ulteriormente subordinata esigenze generalpreventive e specialpreventive rendono inevitabile la scelta di un trattamento punitivo tradizionale¹⁶².

D'altronde, la società e il sistema legale devono implementare processi volontari di riparazione ma la coercizione dovrebbe sempre essere implicitamente concepibile, perché questo argina la diffusione di messaggi disgreganti per i consociati¹⁶³: al contrario, si rassicura la vittima che la vittimizzazione non è comunque tollerata nell'ordinamento e che il danno subito deve esser riparato; allo stesso tempo si nega l'esistenza di una giustizia *à la carte* per il reo, rendendogli chiaro che non sfuggirà alle sue responsabilità.

¹⁶¹ CHRISTIE N., *Limits to Pain*, Oslo, 1991.

¹⁶² MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 220 ss., pur ipotizzando una diversa classificazione del *continuum* tra l'approccio punitivo e l'approccio riparativo, sembrano condividere una metodologia analoga.

¹⁶³ BARTOLI R., *op. cit.*, 107.

La compatibilità della Giustizia riparativa con strumenti coercitivi - maggiormente funzionali all'ideale riparativo rispetto agli istituti della giustizia tradizionale, ma comunque non integranti una scelta di *first best* - rende ancora più spinoso il tema della compatibilità o meno dei principi del processo penale, come la presunzione di innocenza ed il diritto di difesa, con un sistema di Giustizia riparativa. Preliminarmente, occorre chiarire che questa problematica attiene principalmente ai procedimenti deliberativi consensuali, dal momento che la previsione, in un'ottica di *second best*, di sanzioni riparative non può che trovare la sua sede necessaria all'interno delle dinamiche e delle regole del processo penale tradizionale, per ovvie ragioni di tutela della libertà dell'individuo.

Se la Giustizia riparativa è un paradigma diverso con diversi *standard*, le regole del processo penale non sembrano potersi applicare senza una loro significativa revisione e riformulazione ai procedimenti riparativi consensuali. Secondo Walgrave, invece di applicare pedissequamente le regole del processo penale alla Giustizia riparativa bisogna rispettarne il principio fondativo, che, in quanto caratterizzato da una eccedenza deontica rispetto alla norma, è sufficientemente elastico e pertanto capace da adattarsi al diverso contesto riparativo senza, tuttavia, smarrire la sua *ratio* fondamentale.

I processi di Giustizia riparativa devono dunque rispettare i principi del giusto processo ma non necessariamente le disposizioni dello stesso, poiché la loro peculiarità necessita di disposizioni *ad hoc*, probabilmente non coincidenti con quelle previste dai codici di rito.

Si pone, dunque, la necessità di una conformazione delle garanzie processuali in senso riparativo: esemplificando, si potrà disporre che l'accordo riparativo sia sempre approvato dal giudice o che il reo abbia sempre la facoltà di abbandonare la procedura riparativa e di rivolgersi alla giustizia tradizionale se vuole, senza incorrere in trattamenti deteriori motivati – apertamente o meno – dal rifiuto al processo riparativo.

D'altronde, non solo i principi della giustizia tradizionale devono penetrare nella Giustizia riparativa, ma anche i criteri della Giustizia riparativa devono guidare il discorso legale ed il processo penale. L'elemento riparativo dovrebbe connotare l'essenza stessa del processo, polarizzando l'accertamento non solo sul fatto e sulla colpevolezza del reo ma anche sul danno e sul potenziale sbocco riparativo cui si potrebbe giungere, contribuendo a rendere possibile nelle procedure riparative l'espressione del ruolo della vittima e degli altri soggetti coinvolti dal reato. Appare, altresì, proficuo gettare le fondamenta per un'applicazione riparativa dei tradizionali strumenti forniti al giudice penale, al fine di perseguire obiettivi di umanizzazione del trattamento sanzionatorio, di maggiore tutela per le vittime e di coinvolgimento fattivo della società nella gestione delle conseguenze del reato.

Da quanto sin qui affermato emerge, dunque, la descrizione di un processo osmotico, che da un lato apprende alla Giustizia riparativa le virtù dello statalismo liberale - la giustizia procedurale, le garanzie individuali contro lo Stato, la protezione del più debole contro il dominio del più forte - e dall'altro aiuta la giustizia statale ad apprendere dalle antiche e tradizionali forme di Giustizia riparativa le alternative all'individualismo, attraverso il modello del discorso non dominato e del relativismo culturale.

In questo processo osmotico appare imprescindibile la necessità di analizzare il tasso di Giustizia riparativa già presente nel sistema e di coniugarlo in maniera armonica nell'ordinamento. L'integrazione con le altre scienze sociali è, a tal proposito, fondamentale, come alcuni autori¹⁶⁴ suggeriscono, sottolineando la necessità di una specifica ricerca sulle pratiche di Giustizia riparativa che permangono, spesso neglette, nelle società, al fine di rivitalizzarle anziché introdurne altre *ex novo*, potenzialmente capaci di provocare pericolose crisi di rigetto del sistema.

Le linee direttrici sopra indicate forniscono la base operativa per la costruzione di un rinnovato sistema di giustizia imperniato sulla riparazione, che accerta, attraverso procedure garantite, la responsabilità del reo per quanto ha fatto, offre la possibilità di ripararne le conseguenze in maniera condivisa e usa, se necessario, la coercizione secondo regole legali.

L'integrazione deve dunque convergere, in una prospettiva teleologica orientata alla riparazione, verso la costruzione di un sistema che valorizzi l'elemento pubblicistico e la tutela delle garanzie formali, adattandole all'ideale riparativo, e generalizzi le soluzioni consensuali di Giustizia riparativa come scelta di *first best*, pur contemplando la possibilità di valorizzare condotte unilaterali e di predisporre sanzioni riparative come scelta di *second best*.

La Giustizia riparativa quindi non deve essere vista riduttivamente come un mezzo, un complemento del sistema tradizionale punitivo al fine di ottenere obiettivi pragmatici ad essa estranei, ma deve essere intesa come un τέλος che deve penetrare e orientare il sistema di giustizia penale dall'interno.

Una volta preso atto della non autosufficienza della Giustizia riparativa e della sua necessaria complementarietà con la giustizia tradizionale, per ragioni di garanzia e di efficienza, i rapporti con la giustizia ordinaria vanno delineati con esattezza per evitare disfunzioni, sia che si opti per un sottosistema parallelo sia che si vogliano trapiantare istituti riparativi all'interno della giustizia ordinaria.

Quanto delineato finora appare il risultato di un'analisi teorica, utile in termini metodologici, del concetto di Giustizia riparativa e delle potenzialità di una prospettiva integratrice dello stesso all'interno della giustizia tradizionale. Occorre pertanto testare la tenuta delle acquisizioni sin qui

¹⁶⁴ BRAITHWAITE J., *Setting standards for Restorative Justice*, in *Brit. J. Criminol.*, 2002, 42, 563 ss.

maturate calandole all'interno del sistema penale italiano, evidenziando gli adattamenti del concetto di Giustizia riparativa necessari al fine di configurarne un'accezione costituzionalmente compatibile e le potenzialità di un siffatto concetto all'interno di una sistematica teleologica orientata ad una funzione politico - criminale della pena, costituzionalmente cogente, in termini di integrazione sociale.

Capitolo II

Giustizia riparativa, Costituzione e sistema penale

SOMMARIO: - 2.1. Giustizia riparativa, funzione della pena e sistematica teleologica: può la riparazione essere pena? - 2.1.1. Giustizia riparativa e teoria retributiva: apparenti suggestioni, differenze sostanziali. - 2.1.2. Giustizia riparativa e teorie della prevenzione negativa. - 2.1.3. La riparazione come vettore di integrazione sociale. - 2.2. Giustizia riparativa e principio di legalità: un binomio non irriducibile. - 2.3. La Giustizia riparativa alla prova degli altri principi costituzionali. - 2.4. Giustizia riparativa e giusto processo. - 2.5. Il risarcimento del danno in un'ottica teleologicamente orientata ai fini della Giustizia riparativa - 2.6. Le nuove sanzioni civili introdotte dal d. lgs. 7 del 2016: un'occasione persa? - 2.7. La riparazione delle conseguenze dannose o pericolose in un'ottica teleologicamente orientata ai fini della Giustizia riparativa. - 2.8. Rischi e occasioni dei lavori di pubblica utilità. - 2.9. La Giustizia riparativa nel panorama delle fonti internazionali. - 2.10. La natura riparativa della sanzione nella giurisprudenza CEDU.

2.1. Giustizia riparativa, funzione della pena e sistematica teleologica: può la riparazione essere pena?

L'*excursus* compiuto nel precedente capitolo ha messo in luce la sussistenza, all'interno di quella che viene definita Giustizia riparativa, di un coerente assetto sistematico che permette di considerare quest'ultima come una vera e propria ideologia¹⁶⁵, intendendo per tale un «piano complessivo per la regolazione dei rapporti socio-politici, quale modello ideale per la determinazione della vita interindividuale»¹⁶⁶.

La vitalità del concetto di Giustizia riparativa nelle molteplici esperienze della prassi dimostra come tale ideologia, per l'effettiva realizzazione delle sue finalità, necessiti di uno strumentario concreto di regole perché essa è priva di un *corpus* di precetti proprio¹⁶⁷. Si tratta di un passaggio ineludibile laddove si intenda utilizzare il paradigma non più a livello teorico - scientifico, come metodo e come *τέλος* non cogente, ma come possibile fonte ispiratrice di interventi riformatori del sistema giuridico.

L'integrazione dei modelli ideologici all'interno di strutture normative dà vita ad un rapporto biunivoco poiché, da un lato, le norme conferiscono concretezza e - nel caso di quelle giuridiche -

¹⁶⁵ COLOMBO G., *La giustizia riparativa può essere sistema?*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, G. Mannozi - G. A. Lodigiani (a cura di), Bologna, 2015, 67 ss.

¹⁶⁶ MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Sistematica teleologica e funzione della pena*, Napoli, 1992, 22.

¹⁶⁷ MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 362.

vincolatività all'ideologia; dall'altro lato le norme stesse nascono conformate proprio dalla dinamica dei rapporti sociali che mirano a regolare, orientandosi in un senso anziché in un altro.

Come è stato mirabilmente sottolineato dalla dottrina, il rapporto simbiotico tra ideologia e diritto è immediato ed evidente nell'ambito del diritto penale che, nonostante profonde scosse evolutive, continua ad essere la branca maggiormente statuale e localista¹⁶⁸ nell'ordinamento giuridico. Precise scelte ideologiche, infatti, animano la selezione dei tipi di reato, le tipologie di sanzioni penali e le finalità ad esse sottese. Come è stato acutamente sottolineato¹⁶⁹, «Nessun ramo dell'ordinamento giuridico risponde in modo così fedele al modello sociale, culturale e politico che lo esprime quanto il diritto penale. (...) il diritto penale tende invece a ridefinirsi profondamente, mantenendo soltanto inalterata – in modo più o meno esplicito, più o meno celato – la sua antica funzione di strumento di controllo sociale nelle mani del potere.»

La considerazione dello stretto legame tra le opzioni ideologiche e l'ordinamento penale ha indotto autorevole dottrina¹⁷⁰ a proporre una prospettiva di profonda integrazione tra le scelte di politica criminale e la dottrina penalistica, al fine di raggiungere l'obiettivo di un sistema chiaro e comprensibile e allo stesso tempo efficace, perché maggiormente vicino alla realtà sociale. Tale integrazione conduce alla considerazione secondo cui il diritto penale resta il limite invalicabile della politica criminale ma la politica criminale condiziona la formalizzazione di ciò che è richiesto o consentito da legittime esigenze di efficienza del sistema penale. D'altronde, il pensiero penalistico già da tempo si sofferma sulla centralità teleologica della funzione della pena, quale cartina di tornasole dell'ideologia sottostante l'intero sistema penale. La funzione della pena permette di cogliere immediatamente il "volto" del sistema penale perché permea non solo sul piano assiologico le scelte di valore formalizzate nelle norme penali, ma opera altresì all'interno della costruzione tecnica dei singoli istituti e della verifica della loro conformità dottrinale e politico - criminale con le linee direttrici del sistema.

In tale prospettiva l'evoluzione storica e sociologica della Giustizia riparativa, la crescente diffusione pratica e l'impianto coerente del concetto dimostrano che essa può assurgere a ideologia legittimante precise scelte di politica criminale, suscettibili di essere formalizzate all'interno di norme penali, per quanto forse in maniera non olistica¹⁷¹.

¹⁶⁸ BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010.

¹⁶⁹ BALBI G., *Società paranoiche e diritto penale*, in *Critica del diritto*, 3/4, 2012, 435.

¹⁷⁰ ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, 2ª ed., 1973, trad. it. S. Moccia, Napoli, 1986, 40.

¹⁷¹ Secondo MANNOZZI G., *La "visione" di Raffaello: giustizia, filosofia, poesia e teologia*, Restorative Justice. Ricostruire legami, ricostruire persone, G. Mannozi - G. A. Lodigiani (a cura di), Bologna, 2015, 234, la Giustizia riparativa, pur avendo uno statuto autonomo, non può assurgere a paradigma universale di regolazione dei conflitti perché non tutti i conflitti sono mediabili e riparabili e alcune pratiche riparative come la mediazione non possono essere imposte. Allo stesso tempo, però, non si può privare la Giustizia riparativa della sua relazione interfunzionale con

Tuttavia, come è stato già in precedenza sottolineato, tale considerazione della Giustizia riparativa come fondamento politico - criminale del concetto di pena non trova concordi gli autori i quali, in maggioranza, non ritengono la Giustizia riparativa capace di legittimare vere e proprie sanzioni¹⁷². Rinviano a quanto già scritto nel precedente capitolo, il dibattito circa il problematico rapporto tra Giustizia riparativa e coattività si ricollega alla duplicità dei modelli teorici di Giustizia riparativa riscontrabili (*process - based* e *outcome - based*). Nel primo modello le logiche della coattività sono assolutamente ritenute incompatibili con la Giustizia riparativa, a differenza di quanto si ritiene partendo da un approccio massimalista, che ritiene Giustizia riparativa qualsiasi pratica, ancorché imposta, che miri alla riparazione del conflitto sotteso al reato.

Come già dimostrato nel capitolo precedente, il modello *outcome - based* presenta minori effetti collaterali, nonostante i livelli inferiori di efficacia cui generalmente giunge, in termini di maggiore satisfattività per la vittima, riduzione del tasso di recidiva e coinvolgimento della comunità. Un siffatto modello di Giustizia riparativa, che agisca in maniera complementare con la giustizia tradizionale senza disconoscere la possibilità di sanzioni orientate in senso riparativo, rappresenta l'unica scelta sostenibile affinché la Giustizia riparativa non sia relegata ai margini del sistema. Tra i sostenitori del modello massimalista vi è maggiore concordia nel ritenere la riparazione un obiettivo che può essere raggiunto, sebbene in un'ottica di *second best*, anche per il tramite della pena¹⁷³.

Tuttavia, anche all'interno dello stesso orientamento massimalista, pur riconoscendo la compatibilità della Giustizia riparativa con il concetto di coazione, non vi è eguale concordia circa la natura di pena in sé della Giustizia riparativa¹⁷⁴. In realtà, come è stato sottolineato¹⁷⁵, la risposta a questo quesito dipende, in larga misura, da una certa variabilità della premessa, ovvero da cosa si intende per pena; considerazione, questa, che al di là di mere definizioni teoriche non può

il diritto penale e con il suo - estremo - uso legittimo della forza, da cui paradossalmente essa trae legittimazione fondativa.

¹⁷² Contra cfr. DIGNAN J., *Understanding victims and Restorative Justice*, Maidenhead, 2005.

¹⁷³ WALGRAVE L., *Imposing restoration instead of inflicting pain: reflections on the judicial reaction to crime*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, Von Hirsch A. - Roberts J. - Bottoms A. E. - Roach K. - Schiff M. (a cura di), Oxford and Portland, 2003, 64; VON HIRSCH A. - ASHWORTH A. - SHEARING C., *Specifying aims and limits for Restorative Justice*, cit., 21 ss.

¹⁷⁴ Considera la *Restorative Justice* una forma di "alternative punishment" DUFF A., *Restoration and Retribution*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, Von Hirsch A. - Roberts J. - Bottoms A. E. - Roach K. - Schiff M. (a cura di), Oxford e Portland, 2003, 44 ss.; pur ritenendo l'elemento della coattività compatibile con il concetto di *Restorative Justice* non considera quest'ultima una pena WALGRAVE L., *Imposing restoration instead of inflicting pain: reflections on the judicial reaction to crime*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, Von Hirsch A. - Roberts J. - Bottoms A. E. - Roach K. - Schiff M. (a cura di), Oxford e Portland, 2003, 64; VON HIRSCH A. - ASHWORTH A. - SHEARING C., *Specifying aims and limits for Restorative Justice*, cit., 21 ss. Secondo l'Autore, infatti, per aversi una pena occorre che sussistano tre elementi: un trattamento afflittivo, l'intenzione di infliggerlo e il collegamento con un fatto antigiuridico commesso dal soggetto punito.

¹⁷⁵ WALGRAVE L., *Integrating criminal justice and Restorative Justice*, cit., 566.

prescindere dal contingente quadro dato normativo di riferimento che si prende in esame e, a ben vedere, rappresenta un falso problema, in sé non dirimente.

Ciò che realmente rileva in questa sede è l'accertata compatibilità della Giustizia riparativa con una logica di coattività.

Tale compatibilità, oltre a gettare le fondamenta per un dialogo con il sistema penale, dimostra che il reale quesito che bisogna porsi, al di là delle ipostatizzazioni extranormative, è se l'ideologia sottesa alla Giustizia riparativa possa assurgere *hic et nunc* quale τέλος di riferimento del sistema penale odierno. In altre parole, piuttosto che interrogarsi sull'astratta definibilità della Giustizia riparativa come pena, occorre chiedersi se il concetto di pena come conosciuto nel nostro sistema possa essere fondato e orientato secondo i dettami della Giustizia riparativa.

Affinché l'ideologia sottesa alla Giustizia riparativa possa fungere da τέλος di riferimento per la ricostruzione del sistema penale, il passaggio ineludibile, come sottolineato da illuminata dottrina¹⁷⁶, è rappresentato dalla fattibilità di una ricostruzione della Giustizia riparativa come opzione politico - criminale dotata di fondamento costituzionale. La derivazione dai principi normativi, espressi in via diretta o indiretta dalla Carta costituzionale, consente di superare il *vulnus* della *Wertneutralität* tipica del relativismo assiologico e conferisce alla ricostruzione un indubbio carattere cogente, sia dal punto di vista formale che sostanziale.

Occorre, dunque, sondare se la Giustizia riparativa possa assurgere alla finalità della pena compatibile con la Carta costituzionale. D'altro canto, è stato già affermato che la prospettiva costituzionale può fungere da filtro selettivo per individuare uno specifico concetto di Giustizia riparativa praticabile nel nostro sistema¹⁷⁷. Se così non è, per quanto eticamente condivisibile sia il concetto, le sue applicazioni pratiche non possono trovare cittadinanza nell'attuale sistema penale¹⁷⁸.

2.1.1. Giustizia riparativa e teoria retributiva: apparenti suggestioni, differenze sostanziali.

Per comprendere la possibile traduzione - concettuale e non solo linguistica - dell'ideale di Giustizia riparativa nel sistema costituzionale italiano appare prodromico sgombrare il campo da un equivoco di fondo, rappresentato dalla fuorviante sovrapposizione dell'ideale riparativo alla teoria retributiva della pena.

¹⁷⁶ BRICOLA F., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 12 ss.; MOCCIA S., *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1006 ss.

¹⁷⁷ REGGIO F., *op. cit.*, 75.

¹⁷⁸ D'AMATO S., *Funzione della pena e giustizia riparativa*, in AA.VV., *L'ombra di Caino*, Salerno, 2012, 35 ss.; ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 5 ss.

La teoria retributiva della pena rappresenta una delle concezioni che hanno accompagnato per lungo tempo l'evoluzione della penalità¹⁷⁹. Lo stesso concetto di pena, quale schema logico di ristabilimento del diritto violato dal reato in reazione a qualcosa che è accaduto, sembra intuitivamente ricondursi ad una *ratio essendi* della pena incentrata su ciò che è stato commesso.

La giustizia retributiva è, infatti, una giustizia essenzialmente retrospettiva. Al di là delle rozze applicazioni ispirate sostanzialmente alla legge del taglione¹⁸⁰ ed alcuni fraintendimenti storici¹⁸¹, la sua più compiuta delineazione teorica come modello giuridico puro si è avuta nell'elaborazione kantiana, più precisamente nell'ambito della dottrina dello Stato all'interno della Metafisica dei costumi¹⁸². Nel concetto kantiano di pena il fondamento della stessa è radicata nel principio di colpevolezza inteso in chiave unilaterale: la pena è sprovvista di qualsiasi scopo sia a profitto del criminale stesso, sia a profitto della società ma è giustificata soltanto perché il reo ha commesso un crimine.

La teoria retributiva kantiana si fonda su una pericolosa mescolanza tra prospettive etiche e giuridiche: la legge penale assurge ad imperativo categorico, espressione che nella filosofia kantiana è tipica dell'autonomia della morale del soggetto e scevra da ogni empirismo. La pena, attraverso un'applicazione inflessibile e inderogabile, secondo Kant deve punire la "malignità interna" dell'individuo.

La giustizia retributiva conferisce dunque alla pena una dimensione strettamente metafisica, poiché funzionale - per quanto sia atecnica tale aggettivazione per una teoria assoluta - per il soddisfacimento delle esigenze di una giustizia vendicativa trascendenti i rapporti di convivenza civile tra i consociati.

¹⁷⁹ VALLAURI L.L., *Dimensionamenti della retribuzione*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. Mannozi - G. A. Lodigiani, Bologna, 2015, 45 ss.

¹⁸⁰ Si tratta di applicazioni ancora diffusissime nel XV secolo, come si evince in MOCCIA S., *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979, sebbene talvolta mescolate ad una prospettiva di utilitarismo in chiave metafisica, che induceva a punire il reo al fine di evitare che l'ira divina si scatenasse sul consorzio civile. La valutazione del fatto nella sua dimensione etica e l'inderogabilità dell'inflizione sono elementi tipici di un sistema retributivo ma questo è spesso contaminato da una tendenza utilitaristica presente in qualsiasi dottrina penale agganciata a valutazioni di ordine religioso. Tale tendenza spesso giustifica altresì deroghe all'elemento proporzionalistico, snaturando uno dei cardini della teoria retributiva.

¹⁸¹ MOCCIA S., *Carpzov e Grozio*, p. 55 dimostra come sia erronea la convinzione di una asserita connotazione retributiva della teoria di Ugo Grozio, contenuta in quello che è considerato un vero e proprio manifesto del giusnaturalismo laico (*De jure belli ac pacis*, 1625). La connotazione retributiva in Grozio sarebbe desumibile dalla sua definizione di pena come «*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*» e da una larvata enunciazione del principio di colpevolezza («*Nemo puniendus ultra meritum*»). Tali indici, secondo MOCCIA, indicano soltanto il necessario collegamento dell'eventuale sanzione penale con la commissione di un reato. La sanzione penale nella costruzione groziana non è obbligatoria e inderogabile, come si richiederebbe in un sistema retributivo, ma risponde ad una concezione polifunzionale e eminentemente utilitaristica, come dimostrato dall'estesa citazione del *De Ira* di Seneca («*Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur. Revocari enim praeterita non possunt: futura prohibentur*») e dalla chiara esplicitazione di un rudimentale principio di sussidiarietà.

¹⁸² KANT I., *La metafisica dei costumi*, trad. it. G. Vidari, Bari, 1970, 164. Parte della dottrina considera improntata ad una finalità retributiva anche la teoria hegeliana: per una critica a siffatta analisi cfr. MOCCIA S., *Contributo ad uno studio sulla teoria penale di G.W.F. Hegel*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 131 ss.

Tuttavia, i sostenitori della teoria retributiva ne evidenziano la portata garantista, fondata sul principio di reciprocità, che tutelerebbe *in primis* il soggetto punito: il ricorso alla pena retributiva sarebbe imposto dalla necessità di rispettare la dignità stessa del colpevole, impedendo che il medesimo sia sottoposto ad una pena ingiusta, motivata da istanze strumentali di ordine intimidativo o neutralizzante.

Non a caso la teoria retributiva divenne il vessillo della dottrina penalistica dell'età liberale, impegnata nell'esaltazione della responsabilità morale degli individui come autonomi soggetti di diritto. Come è stato affermato, le istanze retributive del XIX secolo, fatte proprie dalla Scuola Classica non sono altro che la «proiezione in campo giuridico della conquiste politiche e delle acquisizioni morali della società liberale»¹⁸³.

Tuttavia, l'idea della retribuzione come unico criterio legittimante la sanzione penale non è affatto neutra dal punto di vista assiologico, giacché essa comporta una sostanziale estromissione delle finalità politico - criminali dalla teoria del diritto penale. D'altronde, questa acquisizione risponde perfettamente al ruolo che lo Stato liberale affidava al diritto penale quale mero strumento di conservazione dell'ordine costituito¹⁸⁴.

Tuttavia, il “volto garantista” della teoria retributiva è il principale motivo per il quale essa ha continuato a raccogliere molti consensi fino a pochi decenni fa¹⁸⁵. Anche in coloro maggiormente vicini ad una concezione rieducativa della pena si è spesso diffusa l'idea che la retribuzione rappresentasse un momento logico ineliminabile della pena, finalizzato a garantire un imprescindibile nesso tra la risposta sanzionatoria ed il fatto di reato, necessariamente lesivo di beni giuridici¹⁸⁶: in sostanza, la ritenuta polivalenza dei fini della pena rappresentava una saldatura tra il momento garantista e liberale della retribuzione e le aperture solidaristiche della rieducazione.

D'altronde non mancano recenti tendenze dottrinali neoretribuzionistiche, che rifondano l'idea retributiva non tanto nel necessario principio di proporzionalità o nel rifacimento di un ordine metafisico bensì nel soddisfacimento dei bisogni emotivi di punizione esistenti nella società e in ciascun individuo di fronte alla perpetrazione dei reati. La reazione punitiva dello Stato da un lato canalizzerebbe l'aggressività suscitata nei cittadini dalla commissione dell'atto criminale, abbassando il rischio di vendette private, dall'altro rafforzerebbe la fedeltà dei consociati ai valori tutelati dalle norme¹⁸⁷. Tale teoria sembra trovare un'indubbia corroborazione nelle più recenti

¹⁸³ PORZIO M., *Sistemi punitivi e ideologie*, Napoli, 1965, 102.

¹⁸⁴ FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, Napoli, 2008, p. 37.

¹⁸⁵ SANTAMARIA D., *Il fondamento etico della responsabilità penale*, Siena, 1963; LATAGLIATA R., *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958, 60 ss., 252 ss.

¹⁸⁶ BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, XIX, 1973, 82.

¹⁸⁷ Per una critica avverso il recente recupero dell'idea retributiva in chiave satisfattorio - stabilizzatrice cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2013, 717, nonché EUSEBI L., *Dibattiti sulle teorie della pena e mediazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 811 ss.

riflessioni della dottrina, che sottolinea come l'idea di vendetta non sia estranea al diritto penale moderno, ma che essa trova compiuta razionalizzazione attraverso le dinamiche escludenti del processo e dell'inflizione della pena¹⁸⁸.

Al di là di queste (poco condivisibili) posizioni, quando si discute di retribuzione oggi si intende già risolto il problema del perché punire e si fa riferimento ad un'idea di fondo che postula la proporzione tra entità della sanzione e gravità dell'offesa arrecata.

Ma l'acquisizione più matura di una prospettiva tesa a recuperare una dimensione di effettività ai principi costituzionali ha svelato almeno tre punti di rottura tra la funzione retributiva della pena e l'assetto costituzionale, che rendono la prima di fatto impraticabile nel sistema penale attuale, sia nella sua accezione minima coincidente con il principio di proporzionalità¹⁸⁹ sia sottoforma di malintesa prevenzione generale integratrice.

In primo luogo, la pretesa di annullare il male in senso etico con l'inflizione di una sanzione penale statuale appare difficilmente realizzabile, perché le grandezze in gioco sono assolutamente eterogenee dal punto di vista ontologico. Tale annullamento può esplicarsi in una sorta di espiatione autoliberatoria che, come tale, rappresenta il risultato di un processo interamente ricondotto al foro interiore del soggetto e, pertanto, del tutto indipendente dall'inflizione di una pena statuale¹⁹⁰.

D'altro canto, in uno Stato sociale di diritto quale quello delineato dalla Costituzione del 1948 non appare concepibile che la giustizia statuale miri ad imporre un assetto di valori morali, poiché ciò si porrebbe in aperto contrasto con i principi costituzionali di tutela della libertà e dignità dell'individuo (artt. 2, 3, 13, 19, 21, 27 Cost.).

D'altronde, la stessa portata garantistica della teoria retributiva è ampiamente fittizia e, comunque, pacificamente surrogabile attraverso il principio di proporzionalità *ex art. 3 Cost.*: l'ideologia retributiva non è in grado di definire *a priori* il rapporto di proporzionalità fra reati e pene e implica un approccio radicalmente riduzionistico nei confronti dell'agente di reato, considerando sostanzialmente irrilevante per la determinazione della pena la circostanza che essa, applicata in rapporto a un fatto, sia vissuta da una persona.

D'altro canto, le più svariate riedizioni della teoria retributiva non hanno osteggiato - anzi - il ricorso generalizzato al carcere, nonostante questo rappresenti la modalità sanzionatoria più

¹⁸⁸ BARTOLI R., *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2016, 96 ss.

¹⁸⁹ DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 44 ss.

¹⁹⁰ MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, 86 ss.

invasiva della sfera dei diritti fondamentali dell'individuo, il che è quanto dire la modalità meno garantistica dal punto di vista sostanziale¹⁹¹.

In secondo luogo, la concezione retributiva incontra altresì un ostacolo di tipo ontologico poiché presuppone l'accoglimento di una opzione di tipo fideistico e irrazionale, in base alla quale l'uomo è considerato libero di poter agire diversamente. Tale prova, infatti, non può essere fornita in astratto, men che meno in concreto nelle molteplici contingenze del reale, dalle quali il formalismo astratto delle concezioni retributive ha ritenuto, costantemente, di poter prescindere. È ormai nota, invece, la possibilità di accertare empiricamente alcuni dei fattori che incidono sull'uso della libertà, ma non direttamente il *quantum* di libertà che può essere espresso in ciascuna condotta¹⁹².

Infine l'adozione di una funzione di stampo retributivo, rigidamente afflittiva, risulta sterile dal punto di vista dell'efficacia, poiché produttiva di grosse frange di recidivismo, essendo poco capace di fungere da strumento di orientamento dei consociati.

Il quadro sin qui brevemente delineato delle caratteristiche della funzione retributiva e delle critiche ad essa rivolte¹⁹³ permette di comprendere quanto sia fuorviante l'assonanza - probabilmente soltanto verbale - tra riparazione e retribuzione.

La caratteristica della funzione retributiva di non avere altro punto di riferimento per la sua costruzione materiale se non il male del reato e la conseguente considerazione della pena come qualcosa di analogo e reciproco allo stesso viene completamente sovvertita dalla Giustizia riparativa¹⁹⁴.

Quest'ultima risponde al reato quale manifestazione di negatività rimandando, piuttosto, a ciò che è l'opposto del reato, vale a dire ad un comportamento espresso dalla legge in termini di positività, finalizzato al recupero di quei legami solidaristici che il reato ha infranto.

Oltre a questa palese distinzione ontologica, che già risulterebbe sufficiente a sconfiggere ogni pretesa di equivalenza tra Giustizia riparativa e retribuzione, vi sono ulteriori caratteristiche che distinguono la teoria retributiva dall'ideale riparativo.

In primo luogo, l'infliczione della pena nel sistema retributivo è inflessibile e inderogabile, dovendo mirare a ripristinare l'ordine violato sulla base della colpevolezza dell'autore e nei limiti della stessa. Il suo contenuto è tendenzialmente neutro e indifferente rispetto alla personalità del reo, salva una "aritmetica" proporzione tra fatto e sanzione.

¹⁹¹ EUSEBI L., *Profili della finalità conciliativa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci. Teoria della pena, teoria del reato*, Milano, 2006, 1118.

¹⁹² EUSEBI L., *Profili della finalità conciliativa*, cit., 1113.

¹⁹³ Critiche inevitabilmente intrecciate con il concetto di colpevolezza che, pertanto, parte della dottrina propone di superare a favore di una deeticizzata categoria della responsabilità. Cfr. MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, 92 ss.

¹⁹⁴ EUSEBI L., *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, cit., 1109 ss.

La Giustizia riparativa si mostra, al contrario, molto più affine alle concezioni utilitaristiche, in cui la pena deve essere inflitta soltanto se e nella misura in cui riesce ad essere funzionale al perseguimento di un dato scopo. Il recupero di chi abbia trasgredito la legge attraverso una sua rielaborazione critica dell'accaduto, che rappresenta il volto della riparazione dal punto di vista del reo, risulta del tutto distonico rispetto alla rigida linearità della dinamica retributiva, per cui la pena inflitta dovrebbe configurarsi quale mera compensazione giuridica, senza sconti, del *malum actionis*.

Inoltre la Giustizia riparativa rinuncia a far leva sulla negatività della pena in analogia alla negatività del fatto illecito, postulando invece un coinvolgimento attivo dell'agente di reato, attraverso sanzioni direttamente espressive del valore dei beni offesi in concreto (e solo *a contrariis* del disvalore dell'illecito) e prescrizioni che orientino al recupero di sensibilità solidaristiche, oppure segnalino la presa di distanze dal reato da parte del reo, impegnato in un percorso riabilitativo che abbia riguardo alle sue condizioni personali.

Mentre la teoria retributiva impone di punire perché un fatto illecito è stato commesso, la Giustizia riparativa assume una direzione innegabilmente prospettiva, promuovendo la compartecipazione dello stesso agente di reato, una volta accertati i fatti e la colpevolezza, nel riconoscimento del disvalore di quanto accaduto in rapporto con la vittima (o con soggetti esponenziali degli interessi offesi), anche attraverso la proposta, da parte dell'agente medesimo, di specifiche prestazioni orientate alla composizione del conflitto ed alla ricostruzione, *pro futuro*, di più solidi legami intersoggettivi¹⁹⁵.

Inoltre, nonostante le più recenti riedizioni neoretribuzionistiche della prevenzione mediante giusta retribuzione, la teoria retributiva si mostra del tutto scotomizzante rispetto alla posizione della vittima e del gruppo sociale attinto dal reato, considerando la riparazione sostanzialmente una questione privata¹⁹⁶.

Il sistema retributivo è strutturalmente di carattere non dialogico: l'affermazione del disvalore della condotta criminosa è affidata, nella sostanza, all'entità della pena, di regola detentiva. Tale dimensione quantitativa finisce per diventare l'unico strumento che alla vittima viene offerto per far valere le sue esigenze: ne consegue che, in assenza di strade diverse, la vittima finirà per collegare il

¹⁹⁵ EUSEBI L., *Profili della finalità conciliativa*, cit., 1116.

¹⁹⁶ D'altronde, lo stesso CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1871, 614 ss. scriveva «Il fine della pena non è quello né che la giustizia sia fatta; né che l'offesa sia vendicata; né che sia risarcito il danno da lui patito; né che si atterriscano i cittadini; né che il delinquente espia il suo reato; né che si ottenga la sua emenda. Tutte coteste possono essere conseguenze accessorie della pena; ed essere alcune di loro desiderabili: ma la pena sarebbe come atto incriticabile quando tutti cotesti risultati mancassero. Il fine primario della pena è il ristabilimento dell'ordine sterno nella società.»

grado di riconoscimento delle sue ragioni e dell'intrinseca inaccettabilità di una certa condotta alla maggiore o minore durezza in sé delle conseguenze sanzionatorie¹⁹⁷.

La Giustizia riparativa, al contrario, induce a non separare, dinanzi alla commissione dei reati, le esigenze preventive che si considerino proprie dello Stato, o del diritto in sé, dalle esigenze delle vittime, dirette o indirette (imponendo che le sanzioni non risultino disinteressate alle relazioni umane sulle quali il reato abbia inciso).

Infine, nonostante quanto possa sembrare, la Giustizia riparativa non mira necessariamente all'espiazione oppure, nella sua forma dialogica, al perdono. Tali istanze possono rappresentare, eventualmente, il contenuto intimistico di questa diversa forma di giustizia ma non ne sono indici imprescindibili. A differenza della teoria retributiva, in cui si punisce la cattiva volontà del soggetto, la Giustizia riparativa non agisce affinché l'autore del reato necessariamente si penta, ma piuttosto affinché venga riparato il conflitto sottostante al reato¹⁹⁸.

2.1.2. Giustizia riparativa e teorie della prevenzione negativa.

La descritta incompatibilità tra la Giustizia riparativa e la teoria retributiva della pena ed il superamento di quest'ultima in una prospettiva costituzionale dimostrano necessariamente che un'opzione di prevenzione è l'unica scelta legittima nell'attuale sistema. Tuttavia tale opzione presenta una diversità di gradienti, non tutti compatibili con l'assetto dei principi costituzionali¹⁹⁹.

La concezione generalpreventiva negativa adopera il reo come strumento di politica criminale al fine di dissuadere gli altri consociati dal commettere reati.

Sebbene la presenza di un effetto di intimidazione sia un risultato fisiologico connesso alla posizione di una norma giuridica munita di sanzione, i principi costituzionali del finalismo rieducativo, del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e della personalità della responsabilità penale impediscono che tale effetto di intimidazione venga coltivato come funzione principale del sistema²⁰⁰.

L'infrazione di sanzioni cosiddette "esemplari" e sproporzionate per eccesso si pone, dunque, in netto e palese contrasto con il principio della personalità della responsabilità penale e la tutela della dignità umana ex artt. 27, co. 1, e 3 Cost. Da quanto detto deriva la sostanziale incompatibilità della

¹⁹⁷ EUSEBIL., *Profili della finalità conciliativa*, cit., 1115.

¹⁹⁸ Per una presa di posizione analoga, in relazione ad una rinnovata categoria dommatica del cosiddetto "delitto riparato" cfr. DONINI M., *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, G. Mannozi - G. A. Lodigiani (a cura di), Bologna, 2015, 148 ss.

¹⁹⁹ Per un'analisi approfondita delle diverse teorie preventive cfr. MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, 39 ss.

²⁰⁰ MOCCIA S., *op. cit.*, 97 ss.

funzione intimidativo - deterrente della pena con il sistema penale orientato secondo Costituzione²⁰¹.

D'altronde, pene eccessive e sproporzionate non rispondono nemmeno a criteri di efficacia, risultando al contrario comprovato l'effetto criminogeno e disaggregante che deriva dal perseguimento di fini di mera deterrenza. Tale impostazione trova conferma nelle indagini empirico - criminologiche le quali evidenziano come un inasprimento eccessivo del trattamento sanzionatorio possa avere effetti destabilizzanti e criminogeni, del tutto disfunzionali rispetto agli obiettivi di prevenzione²⁰². Infatti, l'inflizione di una sanzione eccessiva o sproporzionata fa sì che il *surplus* di sanzione possa essere avvertito come un sopruso da parte del reo, aumentando la carica di ribellione dei consociati nei confronti dell'ordinamento giuridico²⁰³.

Il fondamentale rispetto della dignità umana rappresenta un ostacolo altresì per le concezioni specialpreventive negative della pena, secondo le quali la minaccia e l'inflizione del male devono impedire al soggetto condannato di delinquere ulteriormente²⁰⁴. Anche nella prevenzione speciale negativa si attribuisce alla pena una funzione di intimidazione individuale e di neutralizzazione del reo, diretta in primo luogo alla prevenzione della recidiva.

Tuttavia la pena non può legittimamente assumere un ruolo terroristico soltanto perché il suo effetto intimidativo è limitato al soggetto agente. Il finalismo rieducativo, principio cogente di rilievo costituzionale, finisce per bandire altresì questa funzione della pena dal novero di quelle legittimamente praticabili nel sistema al pari di quanto faccia per la generalprevenzione negativa.

L'incompatibilità costituzionale delle teorie della prevenzione negativa esime da un'analisi approfondita quanto ai rapporti tra queste impostazioni teoriche e la Giustizia riparativa.

Secondo molti critici della Giustizia riparativa, l'interrelazione tra quest'ultima ed un sistema di giustizia ordinaria improntato alla prevenzione negativa produrrebbe effetti perversi. Tale prospettiva viene, beninteso, sostenuta anche da parte di quei commentatori che, pur prescindendo da preventive scelte di campo ideologiche, ritengono imprescindibile il momento deterrente nella giustizia penale²⁰⁵.

In tal senso, i critici considerano le opzioni di Giustizia riparativa – non senza qualche equivoco di fondo - come risposte più blande e ambigue rispetto alla minaccia di pena intesa in chiave deterrente e detentiva. Tale considerazione deriva dalla connotazione quasi “premiale” che la

²⁰¹ *Contra*, ma in maniera esclusivamente “pragmatica”, DAVIGO P., *La giustizia riparativa nella visione della magistratura: risorsa o rischio?*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, G. Mannozi - G. A. Lodigiani (a cura di), Bologna, 2015, 179 ss.

²⁰² EUSEBI L., *La pena “in crisi”. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1989, 31 ss.

²⁰³ Sulla “teoria della sfida” o “*defiance theory*”, cfr. PONTI G. - MERZAGORA BETSOS I., *Compendio di Criminologia*, Milano, 2008, 117.

²⁰⁴ MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, 52 ss.

²⁰⁵ DAVIGO P., *op. cit.*

Giustizia riparativa assumerebbe in un sistema imperniato su una rigida intimidazione e neutralizzazione del reo e/o dei consociati, richiamando, a tal proposito, le riflessioni critiche della dottrina penalistica italiana in merito all'introduzione di dinamiche "paranegoziali" nella comminazione e nell'inflizione della pena²⁰⁶.

Tuttavia nel panorama internazionale non mancano voci autorevoli che, al contrario, ritengono auspicabile un'integrazione tra le finalità deterrenti e specialpreventive negative, da un lato, e la Giustizia riparativa, dall'altro, come si desume dalla famosa immagine della "piramide di Braithwaite"²⁰⁷.

Con tale espressione ci si riferisce ad uno dei più famosi modelli di integrazione tra Giustizia riparativa e giustizia tradizionale, applicazione di un paradigma più ampio rappresentato dalla "*responsive regulation*"²⁰⁸, secondo cui gli strumenti di reazione del sistema regolatorio dovrebbero dinamicamente tenere conto del comportamento dei soggetti che operano nel contesto oggetto della regolazione, incentivando l'autoregolamentazione e la conformazione spontanea.

Questo modello, calato nel contesto della Giustizia riparativa, posiziona la strategia riparativa alla base della piramide, il che significa che essa è la prima risposta che l'ordinamento dovrebbe attuare, a maggior ragione per reati poco gravi e per delinquenti primari. Ma la possibilità che la risposta riparativa fallisca, secondo Braithwaite, rende necessario un'impostazione deterrente, perché la minaccia della pena, almeno sullo sfondo, impedisce la creazione di una classe di criminali resilienti, che potrebbero sfruttare l'opportunità riparativa attraverso un'ingannevole simulazione di cooperazione.

Dal momento che anche la deterrenza spesso fallisce, perché il reo, ad esempio, non agisce attraverso un razionale calcolo di costi - benefici, secondo Braithwaite talvolta bisognerà propendere per una strategia punitiva ispirata ad una finalità specialpreventiva negativa di incapacitazione del reo, sebbene non necessariamente realizzata tramite misure detentive.

Secondo il modello della piramide di Braithwaite la Giustizia riparativa risulterebbe maggiormente efficace per i delinquenti primari o secondari se sostenuta dalla minaccia di una misura deterrente per gli ulteriori reati, perché il delinquente razionale ci penserà bene prima di "sprecare" uno o due tentativi riparativi incorrendo poi nella risposta punitiva maggiormente afflittiva, riferita, altresì in

²⁰⁶ PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze, "Premio" e "Corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1986, 398; DI MARTINO A., *La sequenza infranta: profili della dissociazione tra reato e pena*, Pisa, 1998.

²⁰⁷ BRAITHWAITE J., *Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts*, in *Crime and Justice*, 1999, 25, 61 ss.

²⁰⁸ BRAITHWAITE J., *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford, 2002. La *responsive regulation* è una metastrategia finalizzata a predisporre una scala di risposte ordinamentali all'interno di una gerarchia di autoritatività crescente, implementando una preferenza per le soluzioni meno coercitive in prima istanza e riservando le altre in modo graduale fino a che la disfunzione non è risolta.

prima battuta nello schema di Braithwaite, ai delinquenti qualificati. Inoltre, esigenze di difesa sociale nei confronti dei delinquenti irrazionali non complianti impongono, secondo il modello di Braithwaite, anche sanzioni di tipo interdittivo per punire la violazione della norma.

L'incompatibilità di tali concezioni della pena con l'assetto costituzionale italiano rende del tutto impraticabile il modello di Braithwaite, a prescindere dai suoi intrinseci difetti di coerenza derivanti, per esempio, dall'adesione fideistica nell'efficacia di un *background system* di generalprevenzione negativa, imprescindibilmente legato ad un prototipo di delinquente razionale non sempre riscontrabile nella realtà.

2.1.3. *La Giustizia riparativa come vettore di integrazione sociale.*

La Giustizia riparativa sembra collocarsi in un assetto più coerente con le funzioni preventive positive della pena e con la promozione dell'intervento penale minimo. La dottrina italiana ha, d'altronde, sottolineato la piena compatibilità degli strumenti della Giustizia riparativa e, in particolare, della mediazione penale con il perseguimento di obiettivi di prevenzione generale e speciale positive²⁰⁹.

La Giustizia riparativa, innegabilmente, allarga il fulcro dell'attenzione dalla prevenzione negativa ad un concetto ampio e positivo di prevenzione generale²¹⁰. La prevenzione generale positiva o prevenzione integratrice trova la propria premessa nella funzione di orientamento socio-culturale svolto dalla norma penale. Tale orientamento si ricollega, in prima battuta, all'apprendimento delle norme giuridiche da parte dei consociati, che non possono esserne orientati se non le conoscono o, quanto meno, se non sono messi in grado di conoscerle.

In secondo luogo, la prevenzione generale positiva, dunque, attribuisce alla pena una funzione fondamentale di tipo socio - pedagogico²¹¹, di conferma della fedeltà al diritto e di rafforzamento della fiducia collettiva generati dalla riaffermazione del diritto violato. Tale riaffermazione, conseguente alla reazione ordinamentale, produce effetti soddisfattori derivanti dalla composizione del conflitto, perché la pena svolge un effetto di pacificazione, che si produce quando i consociati ritengono risolto il conflitto con l'agente di reato in conseguenza del trattamento da lui subito.

La funzione di prevenzione integratrice si basa sull'effetto di accoglimento dei contenuti precettivi delle norme penali e sull'effetto di stabilizzazione dei consensi intorno ai valori selezionati e posti dall'ordinamento giuridico. In altri termini, ogni qualvolta l'ordinamento sanziona penalmente una determinata condotta, esso contestualmente afferma (e/o ri-afferma) il valore del bene giuridico

²⁰⁹ EUSEBI L., *Dibattiti sulle teorie della pena e mediazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 811 ss.; D'AMATO S., *Funzione della pena e giustizia riparativa*, in AA.VV., *L'ombra di Caino*, Salerno, 2012, 35 ss.

²¹⁰ ANDENAES J., *General Prevention Revisited: Research and Policy Implications*, in *Journal of Criminal law and Criminology*, 1975, 66, 338 ss.

²¹¹ ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 5 ss.

protetto attraverso la pena: da tale affermazione deriva un effetto criminalpedagogico di mantenimento e rafforzamento della fiducia dei consociati nell'ordinamento giuridico²¹².

Ricerche empiriche sono state condotte circa la verifica dell'efficacia in termini di prevenzione generale positiva. Nella valutazione del comportamento conforme (ovvero del comportamento conforme alle regole poste dall'ordinamento, in contrapposizione al comportamento "deviante" o più propriamente "criminale"), si è verificato che gli strumenti del controllo "interno", ovvero l'adesione interiore del soggetto ad un sistema di valori e regole, assumono un peso considerevole rispetto al controllo "esterno" derivante, per converso, dal timore della reazione sociale, dall'autorevolezza e dalla credibilità del diritto e delle istituzioni, nonché dalla sanzione penale²¹³.

Dalle indagini empiriche, inoltre, si desume non solo la mera prevalenza degli strumenti del controllo interno, ma anche la quasi totale inoperatività del controllo esterno, specie in ordine all'entità della pena minacciata, nei casi in cui il primo abbia completamente fallito. In sostanza, se, da un lato, la maggior parte dei cittadini rispetta per convinzione e non per mera costrizione la legge, dall'altro l'intimidazione derivante da quest'ultima svolge un ruolo del tutto marginale rispetto a soggetti scarsamente integrati, in contesti di disgregazione sociale e soprattutto per fatti di criminalità lieve²¹⁴.

Come nella prevenzione generale positiva, anche nella prevenzione speciale positiva si pone l'accento sull'effetto criminalpedagogico della sanzione penale, cui si attribuisce la funzione di rieducazione del reo, mediante un trattamento individualizzato.

Sebbene non manchino teorie specialpreventive di matrice eticizzante, che interpretano la rieducazione del soggetto come sua emenda morale, da raggiungere anche a costo di interventi coattivi sulla persona del reo²¹⁵, le accezioni della prevenzione speciale positiva più compatibili con uno Stato sociale di diritto considerano la sanzione penale come uno strumento che deve offrire al reo la possibilità di orientare la propria esistenza nel rispetto di quella altrui, senza prescindere dalla sua libera autodeterminazione. Le tendenze che mirano ad un adattamento coattivo del reo verso *standard* comportamentali eteronomi si rivelano del tutto controproducenti rispetto alle finalità della specialprevenzione positiva, in quanto esse finiscono per alimentare un'ulteriore desocializzazione del condannato: nel caso in cui il reo rifiuti legittimamente il trattamento o non ne

²¹² D'AMATO S., *op. cit.*

²¹³ FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, 524 ss.; PONTI G. - MERZAGORA BETSOS I., *Compendio di Criminologia*, Milano, 2008; RECKLESS W. C., *The crime problem*, New York, 1967.

²¹⁴ EUSEBI L., *La pena "in crisi"*, cit., 24 ss.

²¹⁵ MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, 57 ss.

abbia bisogno, in quanto perfettamente integrato socialmente, la funzione specialpreventiva positiva mantiene intatta la sua validità, attraverso il suo reciproco della non desocializzazione²¹⁶.

Nel contesto della prevenzione positiva si colloca la concezione della pena quale “integrazione sociale”²¹⁷, la quale implica il superamento di prospettive di mera prevenzione generale e speciale negativa, e la contestuale valorizzazione delle componenti positive della funzione di prevenzione generale in funzione “integratrice” e della prevenzione speciale quale offerta di trattamento non coattivo.

Tale concezione non è il frutto di una scelta interpretativa ma la formalizzazione cogente dei fondamentali principi alla base dello Stato sociale di diritto: in particolare il finalismo rieducativo, la personalità della responsabilità penale, la sussidiarietà della sanzione penale, la tutela della dignità umana, della libertà personale e, complessivamente, dei diritti inviolabili dell’uomo, desunti da un’interpretazione sistematica degli articoli 2, 3, 13, 25 e 27 Cost. il cui rispetto, oltre ad essere imposto da esigenze di tutela e garanzia della libertà individuale, è al tempo stesso vettore funzionale di efficienza e razionalità del sistema penale.

Se questo è la funzione della pena desunta da un’interpretazione letterale e sistematica delle norme costituzionali, sembrano emergere plurime assonanze con il modello di Giustizia riparativa in precedenza delineato, i cui principi sembrano porsi in una «tendenziale armonicità»²¹⁸ con la funzione di integrazione sociale della pena²¹⁹, all’interno di una complessiva prospettiva di diversificazione delle risposte sanzionatorie.

Una antitesi tra diritto penale e Giustizia riparativa, infatti, è riscontrabile soltanto se ci si pone in una prospettiva di pura deterrenza o di rigida retribuzione. Tuttavia, in un sistema improntato alla risocializzazione²²⁰ come risposta complessa al comportamento criminale la Giustizia riparativa appare congeniale sia dalla prospettiva del reo che da quella della vittima, poiché mira a rinsaldare i legami interpersonali in vista di una più duratura pace sociale. Tale combinazione incentiverebbe gli aspetti positivi di entrambe le componenti, capitalizzando i punti di forza di ciascuna e compensandone le debolezze. Più nello specifico, l’elemento riparativo *lato sensu* inteso potrebbe aumentare il livello di soddisfazione della vittima, la *compliance* dell’autore del reato verso forme conciliative ed il coinvolgimento della comunità, mentre l’elemento risocializzante – oltre ad essere

²¹⁶ MOCCIA S., *op. cit.*, 103 ss.

²¹⁷ MOCCIA S., *op. cit.*, 109 ss.; D’AMATO S., *op. cit.*

²¹⁸ MOCCIA S., *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, in *Critica del diritto*, 4, 2004, 345.

²¹⁹ PALAZZO F., *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. Mannozi - G. A. Lodigiani, Bologna, 2015, 70; EUSEBI L., *Dibattiti sulle teorie della pena e mediazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 811 ss.; FERREIRA MONTE M., *Diritto penale riparativo*, cit., 33; BOTTOMS A., *Some sociological reflections on Restorative Justice*, cit., 103.

²²⁰ CROWE A. H., *Restorative Justice and offender rehabilitation: A meeting of the minds*, in *Perspectives: Journal of the American Probation and Parole Association*, 1998, 22, 28 ss.

inteso nella sua componente negativa minima di non desocializzazione - potrebbe avere un impatto sul tasso di recidiva più significativo di quanto non facciano gli istituti ispirati al solo ideale riparativo.

Da un punto di vista specialpreventivo, infatti, il recupero della prospettiva comunicativo - relazionale del reato attraverso l'opera di riappropriazione del conflitto da parte della vittima e dell'autore del reato, permette, da un lato, la rivalutazione del ruolo della vittima e delle sue istanze, dall'altro getta le basi per una responsabilizzazione attiva del reo mediante l'assunzione di impegni in funzione riconciliativa o riparativa²²¹.

È stato già da tempo sottolineato, d'altronde, come sulla riparazione e sulla riconciliazione riposino grosse potenzialità specialpreventive²²² e, soprattutto, riduttive dei rischi di ulteriore desocializzazione connessi alla pena tradizionale. D'altronde le modalità in cui materialmente può concretizzarsi la riparazione, che vanno dall'accettazione delle scuse da parte della persona offesa a veri e propri accordi tra le parti, possono articolarsi anche attraverso la realizzazione da parte del reo di attività riparative, che possono formare oggetto di condizione della riconciliazione. Tali attività, dirette alle vittime o alla comunità, sono astrattamente capaci di impegnare il reo in ruoli che gli consentono di guadagnare abilità e talenti valutabili positivamente dalla comunità, in una prospettiva che coniuga risocializzazione e riparazione (*strenghts-based rehabilitation*). In questo modo, infatti, il reo si vedrebbe e verrebbe visto come una risorsa da offrire alla comunità, piuttosto che come un passivo recettore di aiuto, spesso inteso dai consociati come immeritato.

Dal punto di vista generalpreventivo positivo, inoltre, la riparazione del danno e la promozione di una gestione pacifica dei conflitti in vista della (ri)costruzione dei legami sociali minacciati dalla commissione dell'illecito rappresentano strumenti di pacificazione e di coesione sociale di innegabile rilievo. Infatti, se la riparazione si inserisce in un contesto di valori come quello rappresentato dal diritto penale, essa finisce per svolgere una funzione di accreditamento e rafforzamento di quei valori sui quali si basa la convivenza civile lesi dalla commissione del reato²²³. D'altronde, è stato correttamente osservato che gli strumenti di risoluzione dei conflitti non hanno soltanto tale funzione strumentale ma conservano un'innegabile funzione simbolica, intesa nel senso positivo di produzione di significati e valori che orientano l'intera collettività²²⁴.

Né sembra concreto il rischio di un depotenziamento di quella naturale carica intimidatoria connessa alla posizione di una norma penale²²⁵, dal momento che i consociati non sono certo

²²¹ MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, cit., 122; MEZZETTI E., *Nuove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o conciliativa*, in *Cass. pen.*, 9, 2016, 3094 ss.

²²² ROXIN C., *La posizione della vittima nel sistema penale*, in *Ind. pen.*, 1989, 5 ss.

²²³ BARTOLI R., *ult. op. cit.*, 107.

²²⁴ FODDAI M. A., *Responsabilità e giustizia riparativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2016, 1703 ss.

²²⁵ MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, 109-110.

dissuasi dall'esecuzione concreta di un trattamento che sia necessariamente pecuniario o detentivo, dato che spesso ignorano; il naturale effetto deterrente poggia piuttosto sull'efficacia della norma penale nell'indirizzare le condotte dei consociati e sull'affermazione del diritto attraverso gli strumenti del diritto penale²²⁶, aspetti, questi, non pregiudicati da un'applicazione di istituti ispirati all'ideale riparativo. D'altronde, soltanto un fraintendimento delle finalità della Giustizia riparativa può confondere gli istituti ad essa ispirati con espressioni di un «superficiale indulgenzialismo clemenziale»²²⁷, stante l'assunzione di responsabilità da cui traggono origine ed i complessi percorsi di pacificazione in cui spesso si articolano.

La stessa maggiore considerazione della posizione della vittima rappresenta un potenziale fattore di aggregazione dei consensi dei consociati, soprattutto di quelle fasce di popolazione più propense, a causa delle loro predisposizioni vittimogene specifiche²²⁸, ad autoqualificarsi come potenziali vittime piuttosto che come potenziali autori di reato. Tale aggregazione di consensi potrebbe tradursi in una maggiore collaborazione processuale della vittima, in una possibile riduzione del numero oscuro per alcuni reati e, più in generale, in una maggiore fiducia nelle istituzioni giudiziarie²²⁹, che contribuisce ad evitare altresì il diffondersi dei cosiddetti delitti di reazione²³⁰, commessi dalla persona offesa in conseguenza di quelli subiti. In altri termini, la Giustizia riparativa si mostra pienamente compatibile con un sistema personalistico come quello delineato dalla Costituzione del 1948, in cui l'individuo è considerato fine in sé e titolare di un incompressibile potere di autodeterminazione, che lo Stato è chiamato a veicolare e controllare senza sopprimere completamente²³¹. La rivalutazione del ruolo della vittima nell'ideale riparativo sembra fornire una risposta chiara all'antica diatriba circa la natura soggettiva o oggettiva della tutela ad essa fornita dall'ordinamento penale e processualpenale, propendendo per la prima alternativa. La persona offesa, infatti, in un sistema riparativo non è tutelata e coinvolta sol perché in tal modo si tutela l'interesse pubblico, ma in primo luogo per provvedere alla difesa dei suoi interessi personali, attraverso un *parterre* di veri e propri diritti sostanziali e processuali.

Tuttavia, i potenziali effetti positivi della "riscoperta della vittima"²³² nel sistema penale non possono né devono tradursi in una progressiva demolizione di quel sistema di garanzie ereditato dalla liberalizzazione del diritto penale, attraverso un *revival* dei meccanismi di repressione retributiva e deterrente che solo in chiave simbolica sembrano tenere in debito conto le istanze della

²²⁶ ROXIN C., *La posizione della vittima*, cit., 5 ss.

²²⁷ MOCCIA S., *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, in *Critica del diritto*, 4, 2004, 346.

²²⁸ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Vicenza, 2015, 230; GULLOTTA G., *La vittima*, Milano, 1976, 28 ss.

²²⁹ MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 228.

²³⁰ MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 232.

²³¹ MEZZETTI E., *op. cit.*, 3094 ss.

²³² PAGLIARO A., *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 53, 1, 2010, 41 ss.

vittima del reato ma che in realtà perpetuano il suo ruolo di spettatore passivo nella logica ancestrale dell'afflizione come contropartita morale della sofferenza inflitta²³³.

2.2. Giustizia riparativa e principio di legalità: un binomio non irriducibile.

La palese comunanza di obiettivi tra Giustizia riparativa e funzione di integrazione sociale della pena non è tuttavia sufficiente al fine di sorreggere una immediata praticabilità della prima all'interno del sistema penale.

In una sistematica teleologicamente orientata il perseguimento dei fini di politica criminale deve, infatti, coniugarsi armonicamente all'interno delle strutture dommatiche. Pertanto, occorre altresì accertare se la Giustizia riparativa e le sue potenziali applicazioni concrete siano conformi all'assetto dei principi costituzionali del diritto penale, che rappresentano la trama attraverso la quale i suddetti obiettivi possono essere raggiunti senza provocare "crisi di rigetto" insanabili nel sistema.

Soltanto in questo modo le scelte di valore si pongono in chiave non ostativa rispetto ai criteri della certezza e dell'uniformità del diritto ma ne arricchiscono il significato, connotandolo altresì del carattere di adeguatezza rispetto allo scopo prefissato²³⁴.

L'innegabile funzione selettiva dei principi costituzionali del diritto penale non deve essere intesa come un'indebita *deminutio* delle potenzialità di cui è caratterizzata la Giustizia riparativa quale modello di gestione del conflitto anche (e soprattutto) ad un livello extrapenale. Piuttosto, il tessuto normativo dei principi costituzionali rappresenta lo *standard* indefettibile che la Giustizia riparativa deve soddisfare per operare all'interno del sistema penale e delle sue ineliminabili logiche di coattività.

In primo luogo la Giustizia riparativa non appare incompatibile con il principio di legalità che governa la materia penale. Indubbiamente la forza selettiva del *nullum crimen sine lege*, attraverso i suoi corollari della riserva di legge e del divieto di analogia²³⁵, agisce in modo che eventuali strumenti di Giustizia riparativa calati nel sistema penale incidano soltanto su determinati conflitti che, in quanto meritevoli di trattamento penale, assurgono a reato per espressa *voluntas legis*; tale opera di selezione non osta, tuttavia, all'esperimento di modelli ispirati ad una gestione riparativa e

²³³ MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 23 ss.; CORNACCHIA L., *op. cit.*, 1760, sottolinea che «la voce delle vittime viene spesso fagocitata dalle strutture di comunicazione, che la riducono a *strategic rationale* funzionale a veicolare aspirazioni all'egemonia e auto-preservazione di gruppi antagonisti».

²³⁴ ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., 37 ss.

²³⁵ Cfr., per la manualistica più recente, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale, Parte generale*, 6ª ed., Bologna, 2009, 47 ss.; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Milano, 2013, 53 ss.; cfr., in relazione alla sempre più pervasiva componente creativa dell'interpretazione giudiziale TRAPANI M., *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch. Pen.*, 1, 2017, 22 febbraio 2017, 29 ss.

condivisa anche in relazione a conflitti che non vengono formalizzati all'interno di una norma penale.

La naturale vicinanza della Giustizia riparativa alle dinamiche del sistema sanzionatorio impone, inoltre, di verificare altresì la tenuta del principio di legalità della pena²³⁶, in base al quale anche la sanzione per il fatto costituente reato deve essere prevista dalla legge. Tale principio rappresenta un prerequisito irrinunciabile affinché la Giustizia riparativa possa agire all'interno del sistema penale come sovrastruttura su cui costruire istituti riparativi che, in quanto afferenti al profilo sanzionatorio, devono essere previsti dalla legge.

Nell'ambito dei corollari riconducibili al principio di legalità della pena la Giustizia riparativa sembra porre maggiori problemi di compatibilità in relazione al canone di tassatività e determinatezza che deve informare tutte le parti del sistema penale, rilevando, con portata diversa, anche in relazione alle sanzioni e persino in termini processuali²³⁷.

Come è noto, il dovere di una formulazione chiara e precisa delle norme penali, tanto nel precetto quanto nella sanzione, rappresenta il punto di equilibrio che il legislatore raggiunge nel rapporto tra autorità e individuo, dal momento che soltanto norme chiare e certe mettono il soggetto nella condizione di orientarsi con piena consapevolezza del suo agire e delle conseguenze che ne derivano.

Il grado di determinatezza e tassatività delle fattispecie penali permette, inoltre, di misurare il tasso di importanza che l'ordinamento attribuisce al principio di separazione dei poteri, nonché a quello di eguaglianza *sub specie* della parità di trattamento dell'eguale.

Nel caso degli istituti ispirati alla Giustizia riparativa il problema è annoso, perché consiste nel comprendere e rendere determinati i concetti fondamentali di questo ideale che di per sé sono sfuggenti, su cui apparentemente sembra convogliare il consenso degli interpreti ma che a ben vedere celano una molteplicità di accezioni e significati; la vaghezza dei concetti afferenti alla Giustizia riparativa, è stato sottolineato, rappresenta il principale motivo per il quale i suoi corollari sono considerati, adoperando una terminologia tipica del linguaggio filosofico, endoxa apparenti²³⁸. Basti pensare alle molteplici accezioni del concetto di comunità, la cui vaghezza, a discapito dei consensi che il mero uso di un tale termine suscita in modo innato, induce taluni a ritenere che a tale concetto si associ uno stato d'animo ("*sense of we-ness*")²³⁹ piuttosto che una proposta concettuale definita²⁴⁰.

²³⁶ FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale*, cit., 67; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Vicenza, 2015, 724.

²³⁷ MOCCIA S., *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

²³⁸ REGGIO F., *Giustizia dialogica*, cit., 79.

²³⁹ REGGIO F., *Giustizia dialogica*, cit., 91.

²⁴⁰ REGGIO F., *Giustizia dialogica*, cit., 141.

Lo stesso concetto di persona offesa, al di là della definizione di matrice giuridica quale soggetto titolare del bene giuridico protetto dalla norma, perde la sua chiarezza allorché cede il passo alla più ampia definizione di vittima che, come dimostra la letteratura criminologica, è suscettibile di svariate accezioni, a seconda, ad esempio, che si intenda individuare il soggetto che risente direttamente della commissione del reato (vittima primaria) o che ne subisca conseguenze indirette (vittima secondaria)²⁴¹. Come è stato giustamente sottolineato «Il termine, di marca criminologica e di derivazione internazionale, è usato in diversi contesti e non ha contorni di significato nettamente segnati»²⁴².

Altrettanto incerto e vago è il concetto di riparazione, stante la sua natura eminentemente relazionale, che permette un'individuazione del suo significato soltanto in riferimento al “cosa” e al “come” debba essere riparato.

Tuttavia il conflitto tra Giustizia riparativa e esigenze di tassatività e determinatezza non sembra affatto irriducibile, o quanto meno non sembra risolvibile unicamente nel senso di un'ostatività dell'introduzione delle declinazioni del concetto all'interno del sistema penale.

D'altronde, la determinatezza della sanzione rappresenta uno dei più controversi aspetti del principio di legalità della pena. Come è stato sottolineato, infatti, il principio di determinatezza, pur nella sua funzione garantista di certezza e eguaglianza, ha una portata diversa che rispetto all'incriminazione²⁴³, limitandosi ad esigere che il legislatore predetermini i tipi e la misura edittale della pena: in un'ottica di individualizzazione del trattamento sanzionatorio, essenziale ai fini di una corretta esplicazione della funzione di integrazione sociale della pena, si ritiene opportuno e necessario che il giudice conservi un margine ineliminabile di discrezionalità nella commisurazione e, talvolta, nella stessa scelta tipologica della pena. Come è stato scritto, «Si tratta di un profilo particolarmente delicato nella concretizzazione del principio di legalità: mentre per i presupposti della responsabilità penale richiediamo determinatezza e precisione, con riguardo alle risposte al reato accettiamo come necessario un mix di legalità e di discrezionalità»²⁴⁴.

Ancora una volta, dunque, il principio costituzionale opera in chiave delimitativo – selettiva e non completamente ostativa, riservando all'ambito applicativo di istituti sanzionatori ispirati all'ideale riparativo soltanto quelle accezioni dei concetti di comunità, vittima e riparazione suscettibili di una traduzione normativa chiara, empiricamente verificabile e dai contorni tassativi. D'altronde, questa non sembra altro che un'applicazione del cosiddetto “criterio tipologico” adoperato spesso dalla

²⁴¹ Cfr., per ulteriori accezioni del concetto di vittima PONTI G. - MERZAGORA BETSOS I., *Compendio di Criminologia*, Milano, 2008, 480 ss.; MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, cit., 48 ss.

²⁴² RAFARACI T., *La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Criminalia*, 2010, 258.

²⁴³ MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 724.

²⁴⁴ PULITANÒ D., *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 5 ottobre 2016, 5.

giurisprudenza costituzionale in relazione alle fattispecie incriminatrici, sebbene non scevro da critiche: secondo questo criterio la norma incriminatrice è determinata quando esprime, pur attraverso il processo interpretativo, un “tipo” predeterminato nella sua omogenea unità di disvalore²⁴⁵.

Calato nel contesto del rapporto tra Giustizia riparativa e determinatezza, tale criterio conduce a ritenere che soltanto nel caso in cui tale operazione di raggiungimento della maggiore certezza realisticamente possibile²⁴⁶ non risulti possibile si potrebbe fondatamente concludere che il principio di determinatezza e tassatività sia ostativo all’ingresso di istituti riparativi all’interno del sistema penale, perché i suoi corollari, per adoperare una terminologia comune nel linguaggio penalistico, assurgono ad elementi vaghi o indeterminati anziché semplicemente elastici²⁴⁷.

2.2.1. Un concetto sufficientemente determinato di “comunità”

Per quanto concerne il concetto cardine di “comunità” una sua accezione maggiormente rispettosa del principio di determinatezza appare individuabile e afferrabile dal legislatore: il riferimento è, segnatamente, non ad un generico concetto di comunità quale insieme di soggetti ma piuttosto ad accezioni dai confini più chiari e immediatamente percepibili dai consociati. Esemplicativamente, è da considerare che nella prassi dei processi riparativi, piuttosto che ad un concetto di comunità offesa dal delitto intesa in senso ampio, si fa principalmente riferimento a comunità familiari o etniche, suscettibili di essere astrattamente definibili già prima della commissione del reato, perché tendenzialmente più stabili e dai contorni identificabili con sufficiente facilità anche nelle attuali società postmoderne (cd. “comunità di cura”²⁴⁸ o *micro-communities*²⁴⁹).

D'altronde, nonostante le società contemporanee presentino legami sociali meno resistenti, le dinamiche della globalizzazione implicano una maggiore interdipendenza tra un numero più elevato di soggetti; indubbiamente la dimensione comunitaria del quartiere è ridimensionata, ma mezzi di trasporto e di telecomunicazione potenziano relazioni trasversali tra i soggetti fondate su un concetto di appartenenza non necessariamente geografica²⁵⁰.

²⁴⁵ Corte cost. sent. 96/81, 983/1988, 247/1989, 282/1990, 35/1991, 34/1995, 370/1996.

²⁴⁶ MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 65.

²⁴⁷ MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 67. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 82 ss.; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale*, cit., 72.

²⁴⁸ WALGRAVE L., *La Justice Restaurative: à la recherche d'une theorie et d'un programme*, in *Criminologie*, XXXII, 1, 1999, 14.

²⁴⁹ MC COLD P., *What is the role of community in Restorative Justice practices?*, in *Critical issues in Restorative Justice*, H. Zehr - B. Toews (a cura di), Cullompton, 2003, 155 ss.

²⁵⁰ BOTTOMS A., *Some sociological reflections on Restorative Justice*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, Von Hirsch A. - Roberts J. - Bottoms A. E. - Roach K. - Schiff M. (a cura di), Oxford e Portland, 2003, 108.

Oppure, per converso, nella prassi degli istituti riparativi il ruolo dell'elemento comunitario è svolto da comunità istituzionalizzate e formalizzate in chiave simbolica, come enti pubblici o associazioni. Non a caso, una sommaria analisi delle legislazioni europee che hanno introdotto istituti di impianto riparativo all'interno del diritto penale testimonia che la maggior parte dei Paesi Europei si è mossa in una di queste direzioni o in entrambe, non essendo le stesse reciprocamente escludenti²⁵¹.

Ciò non toglie che eventuali misure extrapenali di gestione riparativa del conflitto possano coinvolgere gruppi di persone individuabili soltanto *ex post*, in base alle variabili contingenze del reale, il cui contributo alla gestione riparativa del conflitto potrebbe con ogni probabilità essere addirittura più proficuo: tuttavia, ancora una volta, l'indeterminabilità delle accezioni più evanescenti del concetto di comunità deve indurre a preferire una scelta di minore efficacia ma di maggiore rispetto dell'assetto costituzionale del diritto penale.

2.2.2. Vittime o persone offese?

Anche all'interno della complessa definizione di vittima, una prospettiva maggiormente rispettosa del principio di tassatività e determinatezza impone di definire normativamente dei criteri di individuazione della categoria.

Nei termini tecnico - giuridici del diritto penale la vittima, *rectius* la persona offesa, si presenta come il titolare dell'interesse protetto dalla norma penale²⁵², tutelato impersonalmente a prescindere dalle qualità della persona, salvo casi eccezionali in cui queste comportano una diversa risposta sanzionatoria da parte dell'ordinamento²⁵³. L'individuazione della persona offesa quale titolare del bene giuridico dovrebbe essere, almeno astrattamente, alquanto agevole almeno nei cosiddetti reati a soggetto passivo determinato²⁵⁴, in cui è percepibile chiaramente la lesione o la messa in pericolo del bene giuridico, a differenza dei cosiddetti reati vaghi o vaganti²⁵⁵.

È tuttavia pacifico il fatto che svariate persone formalmente non legate all'offeso possano riportare conseguenze indirette derivanti dal reato; il concetto criminologico di vittima, nella sua «ontologia condivisa»²⁵⁶, si presta a ricomprendere elasticamente anche tali soggetti. Tuttavia il diritto penale, pur orientato a finalità riparative, non sembra potersi fare carico di tutte queste esigenze, se non a patto di estendere eccessivamente il concetto di persona offesa sulla falsariga di quella di vittima.

²⁵¹ COLAMUSSI M. - MESTITZ A., voce *Restorative Justice* (Giustizia riparativa), cit.

²⁵² PAGLIARO A., *Tutela della vittima*, cit., 44.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ La definizione è di MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 225.

²⁵⁵ Per questi ultimi, caratterizzati dal tutelare interessi appartenenti ad una collettività indeterminata, eventuali istituti riparativi, non ontologicamente incompatibili, contemplerebbero una sovrapposizione concettuale tra il ruolo della vittima e quello della comunità attinta dal reato.

²⁵⁶ L'espressione è di MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 16.

D'altronde, anche le recenti innovazioni legislative²⁵⁷ che, sebbene da un punto di vista essenzialmente processuale, hanno arricchito il corredo di diritti della persona offesa, non hanno optato per l'introduzione sistematica della nozione più ampia e generica dizione di vittima²⁵⁸.

Una definizione giuridicamente vincolante del termine vittima è contenuta nella direttiva dell'Unione Europea 29/2012²⁵⁹, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, sostituendo la precedente decisione quadro n. 220 del 2001. Ma anche la Direttiva effettua una prima cernita all'interno del vasto *genus* di vittima, includendo nella definizione anche le cosiddette vittime secondarie, ovvero le persone solo indirettamente lese dal reato. Secondo il considerando 19, infatti, è possibile che anche i familiari della vittima subiscano un danno a seguito del reato, in particolare, nel caso di morte di quest'ultima.

L'art. 2 della direttiva, però, fornisce una definizione giuridica generale²⁶⁰ di "vittima", includendovi sia la persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato, sia - tra le potenziali vittime secondarie - soltanto i familiari di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona.

Anche la direttiva, pertanto, non utilizza *tout court* la definizione ampia e generica di vittima, ma formalizza la definizione di "familiare" quale vittima secondaria, includendovi il coniuge, la persona che convive con la vittima in una relazione intima, nello stesso nucleo familiare e in modo stabile e continuo, i parenti in linea diretta, i fratelli e le sorelle, e le persone a carico della vittima²⁶¹; infine, a testimonianza della necessità, percepita come imprescindibile, di delimitare concetti di per sé sfuggenti, la direttiva fa salva la possibilità che gli Stati membri stabiliscano procedure per limitare il numero di familiari ammessi a beneficiare dei diritti previsti dalla presente direttiva²⁶².

Il legislatore italiano, nell'attuazione della direttiva, non ha fornito una definizione di vittima, probabilmente al fine di evitare le implicazioni derivanti da un concetto così evanescente, ma ha

²⁵⁷ Sulle quali cfr., per tutti, FERRANTI D., *Strumenti di tutela processuale per la vittima del reato. Sguardo di insieme sulle recenti innovazioni alla luce dell'attuazione della direttiva 2012/29/UE*, in *diritto penale contemporaneo*, 29 gennaio 2016.

²⁵⁸ Con l'unica eccezione, non dotata di un autonomo valore sistematico, rappresentata dall'art. 498 co. 4 *ter* c.p.p.

²⁵⁹ Sulla direttiva e, in generale, sulla normativa sovranazionale avente ad oggetto la figura della vittima cfr. MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 12 ss.

²⁶⁰ Altri atti e documenti internazionali spesso ritagliano definizioni specifiche di vittima in ragione del tipo di reato o delle caratteristiche della stessa. Cfr. MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *ult. op. cit.*, 15.

²⁶¹ La scelta formalistica della direttiva non era affatto scontata, se solo si pone mente al fatto che altri atti normativi, quali ad esempio la direttiva 2004/80/CE del 29 aprile 2004 relativa all'indennizzo delle vittime di reato, si riferiscono invece a «qualsiasi altra persona lesa dal reato», offrendo quindi una definizione più vasta di quella desumibile dalla direttiva del 2012. Così, PARLATO L., *Il contributo della vittima fra azione e prova*, Palermo, 2012, 49 ss.

²⁶² RAFARACI T., *La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Criminalia*, 2010, 258; DEL VECCHIO F., *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla direttiva 2012/29/UE*, in *diritto penale contemporaneo*, 11 aprile 2016.

preferito, piuttosto, mantenere l'accezione più tecnica e determinata di persona offesa, pur estendendo, almeno dal punto di vista processuale, le garanzie apportate dalla direttiva anche ad una particolare categoria di vittime secondarie, rappresentate dai prossimi congiunti e dai conviventi, come dimostra l'art. 90, comma 3, c.p.p., modificato dal d.lgs. n. 212/2015.

Quanto detto dimostra, dunque, come non sia astrattamente impossibile delineare un concetto di vittima (*rectius*, persona offesa) che soddisfi i crismi del principio di determinatezza, quale condizione imprescindibile al fine di operare all'interno del diritto penale. Restano, tuttavia, impregiudicate le possibilità di politiche extrapenali di impianto riparativo che coinvolgano, nella gestione del conflitto, anche soggetti i quali, pur essendo la loro posizione rispetto al reato assolutamente meritevole di tutela, non sono determinabili *ex ante* nella maniera stringente imposta dal diritto penale.

2.2.3. Risarcimento e riparazione: parziali analogie, differenze concettuali

Se le difficoltà definitorie dei termini “comunità” e “vittima” attengono al novero degli attori coinvolti nei processi di Giustizia riparativa, il problema di fornire un concetto tassativo di riparazione è legato all'obiettivo di non consentire applicazioni eccessivamente discrezionali di istituti ispirati al concetto di Giustizia riparativa, ancorché tendenzialmente più favorevoli di quelli contemplati dal diritto penale tradizionale.

La difficoltà riscontrata nel fornire una nozione determinata del termine “riparazione”, considerato un vero e proprio termine chiave nell'universo della Giustizia riparativa, è la conseguenza della natura eminentemente relazionale del concetto, strettamente connesso all'oggetto della stesso, rappresentato, in termini eminentemente didascalici, dal “danno” subito dalla vittima e/o dalla comunità.

È stato osservato che la nozione di danno è controverso al pari di quello di evento, concetto maggiormente noto al penalista²⁶³. Analogamente a quest'ultimo, tradizionalmente oggetto di una diatriba tra i fautori della nozione naturalistica e di quella giuridica, infatti, l'espressione “danno” appare suscettibile di diverse interpretazioni²⁶⁴. In via di prima approssimazione, al cosiddetto danno criminale, inteso come lesione al bene giuridico, si affianca il danno civile, rappresentato dalle conseguenze, patrimoniali e non, del reato suscettibili di risarcimento²⁶⁵.

²⁶³ FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 55.

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 62.

In un'ottica di compatibilità con il principio di determinatezza e tassatività il concetto di risarcimento del danno²⁶⁶ presenta dei profili sufficientemente determinati, grazie alla secolare elaborazione civilistica che l'ha caratterizzato. Dal punto di vista penale, il concetto è ben noto all'interno del codice come sanzione civile derivante dal reato *ex art. 185 c.p.* e come elemento spesso valorizzato dall'ordinamento ai fini dell'applicazione di determinati istituti, generalmente favorevoli per il reo²⁶⁷. Fatte salve ipotesi contingenti, come quelle dei reati meramente patrimoniali, il concetto di danno risarcibile è distinto da quello di offesa al bene giuridico. La stessa necessità di una derivazione causale del danno dal fatto di reato è emblematica della diversità concettuale tra i due termini.

Ben più sfuggente è il concetto di riparazione, laddove si voglia connotare il termine di un significato autonomo e diverso da quello di risarcimento del danno. Da un punto di vista etimologico il concetto autonomo di "riparazione", espressivo dell'ideale di Giustizia riparativa, non appare corrispondente al termine inglese *reparation*, che indica non già la riparazione, anche simbolica, quanto piuttosto il mero risarcimento, l'indennizzo e perciò un esborso sostanzialmente pecuniario. Come è stato sottolineato dalla dottrina, *reparation* e riparazione, se guardati attraverso la lente giuridico - linguistica, appaiono piuttosto come *false friends*.²⁶⁸

Non a caso, come già sottolineato in Cap. I, 1.1., l'anglicismo *Restorative Justice*, dominante nella letteratura in materia, è etimologicamente legato al termine *restitution* e non al concetto di *reparation*.

In realtà anche il concetto di *restitution* è stato inteso originariamente quale mera restituzione in forma pecuniaria, come si evince dall'elaborazione del *pure restitution model* da parte di Barnett e Hagel²⁶⁹, che suggeriscono di sottrarre il risarcimento del danno al suo attuale ruolo ancillare rispetto alla pretesa punitiva configurandolo *ex novo* come autonoma sanzione. Tuttavia grazie all'elaborazione di Eglash²⁷⁰ il concetto di *restitution* si arricchisce, implementando non già e non solo la mera corresponsione di una somma di denaro, bensì un concetto polifunzionale e flessibile, che può consistere in un *facere* positivo e costruttivo, eventualmente altresì autodeterminato.

La riparazione ha dunque una potenziale connotazione, per così dire, "endopenalistica" poiché attinge come suo oggetto le conseguenze dannose o pericolose del fatto, che possono dirsi riparabili

²⁶⁶ *Contra*, in relazione al concetto di riparazione come legato esclusivamente alle conseguenze materiali del reato e non all'offesa, asseritamente sempre e comunque irreparabile, cfr. FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 47.

²⁶⁷ Per una vasta panoramica cfr. COZZOLINO L., *Ravvedimento operoso e circostanza attenuante della riparazione del danno, di cui all'art. 62, comma 1, n. 6*, in *Nel diritto*, 1, 2014, 57 ss.

²⁶⁸ MANNOZZI G., *Traduzione e interpretazione giuridica nel multilinguismo europeo*, cit., 140.

²⁶⁹ BARNETT R. E. - HAGEL J., *Assessing the Criminal: Restitution, Retribution and the Legal Process*, in *Assessing the Criminal: Restitution, Retribution, and the Legal Process*, R. E. Barnett - J. Hagel III (a cura di), Cambridge, 1977, 27. EGLASH, A., *Beyond Restitution: Creative Restitution*, in *Restitution in Criminal Justice*, J. Hudson - B. Galaway (a cura di), Lexington, 1975.

attraverso una condotta susseguente del reo: anche in questo caso soltanto in via contingente tali conseguenze possono coincidere con il danno civilistico, ma ciò non toglie che i due concetti siano strutturalmente diversi.

Dal punto di vista dell'offesa al bene giuridico, per quanto sia condivisibile ritenere che quest'ultima in sé non sia mai riparabile, secondo l'antico brocardo *quod factum est infactum fieri nequit*, il concetto di riparazione schiude ulteriori prospettive interne al sistema penale.

D'altronde l'ordinamento penale già oggi dimostra di non poter prescindere da tali forme di riparazione - distinte dal risarcimento del danno - nella commisurazione della pena e, più in generale, nella valutazione della capacità a delinquere relativa all'applicazione di molteplici istituti favorevoli per il reo²⁷¹, come circostanza attenuante o come causa di esclusione della punibilità²⁷². Come è stato notato da accorta dottrina, l'incidenza della riparazione sulle vicende della punibilità costituisce una delle più chiare manifestazioni di quel processo di attenuazione della corrispondenza tra reato e pena, in virtù di dati e comportamenti estranei e/o successivi al reato stesso²⁷³.

La non (esclusiva) pertinenza della riparazione alla sfera del danno civilistico fa sì che in relazione ad essa il rispetto del principio di determinatezza desti maggiore perplessità, soprattutto nel caso in cui non sia possibile una *restitutio in pristinum* delle conseguenze dannose o pericolose del reato o se l'ordinamento penale, ragionevolmente, si accontenti di riparazioni parziali o simboliche.

Se infatti non si esige una perfetta neutralizzazione dell'offesa, ma sono sufficienti riparazioni parziali, "vicarie" o a favore della collettività, va da sé che l'equipollenza sia piuttosto esposta a giudizi di valore²⁷⁴.

Sebbene l'accezione di riparazione presenti maggiori difficoltà, comunque non sembra impossibile raggiungere un grado sufficiente di determinatezza, precisando attraverso criteri legislativi i parametri in relazione ai quali sussumere e valutare il comportamento riparativo (parziale o simbolico) del reo.

Secondo i teorici della Giustizia riparativa il concetto di riparazione si autonomizza da quello di risarcimento del danno perché, a differenza di quest'ultimo, permette di non tralasciare bisogni non strettamente materiali, come l'esigenza di ricostituire le relazioni sociali vulnerate dal reato²⁷⁵ o la necessità di rimediare alle conseguenze in capo alla persona offesa non risarcibili economicamente, come il senso di insicurezza e di paura²⁷⁶. Altresì la riparazione non dovrebbe eludere i cosiddetti

²⁷¹ FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 253 ss.

²⁷² MURRO O., *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, 2016, Milano, 4.

²⁷³ FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 437; COCCO G., *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, in *diritto penale contemporaneo*, 26 marzo 2014.

²⁷⁴ DONINI M., *Il delitto riparato*, cit., 147.

²⁷⁵ REGGIO F., *Giustizia dialogica*, cit., 173.

²⁷⁶ MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 38 ss.

danni secondari, derivanti dagli atteggiamenti negativi assunti nei confronti delle vittime da parte delle agenzie di controllo formale²⁷⁷. Tali “voci” di danno sarebbero riparabili (e non risarcibili) soltanto attraverso un apporto partecipativo al procedimento di Giustizia riparativa.

Accanto, dunque, ad elementi più strettamente riparativi, la riparazione si ricollega ad una matrice partecipativa che, coinvolgendo attivamente la vittima ed il reo, riequilibra l’assetto di potere tra i soggetti attraverso un meccanismo di *re - empowerment*.

Tuttavia, è proprio in tale carattere che si annida il principale *vulnus* al principio di determinatezza che viene imputato alla Giustizia riparativa.

È pur vero che questo aspetto più immateriale della riparazione, per quanto nobile e rilevante, non può considerarsi indefettibile nell’*outcome-based approach*, scelto come modello teorico di riferimento per un’implementazione degli istituti riparativi all’interno del sistema penale italiano, giacché, come più volte chiarito nel presente lavoro, l’ontologica volontarietà del *process-based approach* spesso rende quest’ultimo utopico e impraticabile.

La necessità di forgiare un concetto sufficientemente preciso e determinato implica, dunque, che il concetto praticabile di *restoration* deve focalizzarsi sugli aspetti più materiali e concreti del conflitto, quali quelli del risarcimento del danno e/o della riparazione delle conseguenze del reato, connotate, come è stato sottolineato, da un maggiore grado di afferrabilità empirica.

Tuttavia nei casi in cui tale elemento partecipativo è praticabile e praticato, il problema rappresentato dal suo grado di indeterminatezza si presenta in tutta la sua complessità.

Secondo una parte della dottrina il grado di indeterminatezza rintracciabile nelle concretizzazioni dell’ideale riparativo non soltanto è fisiologico ma appartiene alla differenza epistemologica dell’offesa penalistica rispetto al danno civilistico, essendo proprio dell’incommensurabilità dell’offesa e della necessaria sproporzione, per difetto, della pena²⁷⁸.

In primo luogo, può osservarsi che eventuali istituti di Giustizia riparativa connotati da un risvolto maggiormente *process-based approach* avrebbero comunque un effetto favorevole al reo²⁷⁹ e ciò potrebbe indurre taluni a ritenere maggiormente tollerabile un calo di determinatezza, se ci si concentra sulla originaria e prevalente *ratio* politico - criminale della tassatività/determinatezza come garanzia per il *favor libertatis*.

Tuttavia, come è stato segnalato da accorta dottrina a proposito delle scriminanti, anche le norme favorevoli al reo devono presentare un sufficiente grado di determinatezza per rispettare fondamentali esigenze di certezza e di uguaglianza di trattamento²⁸⁰. D’altronde, il carattere

²⁷⁷ MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, cit., 54.

²⁷⁸ *Ibidem*.

²⁷⁹ TIGANO S., *Giustizia riparativa e mediazione penale*, in *Rass. Penit. Crim.*, 2006, 41.

²⁸⁰ MOCCIA S., *La promessa non mantenuta*, cit., 81.

indeterminato dell'elemento partecipativo della Giustizia riparativa finirebbe per inficiare la sua portata teleologica, non consentendo alcuna funzione razionale, men che meno quelle insite nella componente generalpreventiva positiva del concetto di integrazione sociale della pena.

Sembrano adattabili al concetto di riparazione nella Giustizia riparativa le riflessioni svolte da illuminata dottrina in relazione ad alcuni concetti maggiormente noti al penalista, come quello di inesigibilità e di adeguatezza sociale: essi consentono un certo margine di elasticità nell'applicazione del diritto che, permettendo a quest'ultimo di autoconferirsi nuovi obiettivi, gli assicura altresì maggiore stabilità, giacché tale procedimento conforma le regole generali del diritto ai valori della vita. Affinché ciò sia possibile, tuttavia, si chiede al legislatore e all'interprete di eliminare l'incertezza e l'arbitrio, valutando, in termini di determinabilità del concetto, la possibilità di un controllo razionale nel momento della sua concretizzazione secondo parametri giuridici²⁸¹.

Sebbene declinato, per le ragioni viste, nelle soglie più blande della determinabilità, il principio di determinatezza della pena non può essere ampliato a dismisura, fino ad ammettere istituti che, sebbene ispirati a forme partecipative di Giustizia riparativa, risultano in realtà simulacri vuoti destinati a riempirsi *ex post* di contenuti. Nonostante il prezzo per la tenuta del principio di determinatezza possa consistere nella rinuncia ad un (eventuale) maggiore grado di efficacia di istituti riparativi ispirati ad una totale vaghezza, l'assetto dei principi costituzionali impone di utilizzare all'interno del sistema penale un concetto di riparazione maggiormente ristretto, riferibile al danno civilistico, da un lato, e alle conseguenze dannose o pericolose del fatto, dall'altro.

In sintesi, come proposta operativa rispettosa del principio di determinatezza sembra potersi adoperare un concetto di Giustizia riparativa che limiti il suo ambito applicativo a modalità di gestione del conflitto sotteso al reato coinvolgenti il reo, vittime primarie e vittime secondarie definibili *a priori* (prossimi congiunti o conviventi), comunità familiari, etniche o simboliche (associazioni e enti) al fine di giungere ad una riparazione, selettivamente improntata al risarcimento del danno ed alle conseguenze dannose o pericolose del fatto.

Come è stato dimostrato²⁸², inoltre, un'adeguata realizzazione delle esigenze di determinatezza/tassatività risulta soltanto dal rispetto integrale e combinato di tutti i principi che presiedono alla formulazione delle norme penali: sarà determinata la disposizione che comprenderà la descrizione dell'offesa in termini di danno o di concreto pericolo, di un bene giuridico dotato di un verificabili substrato empirico; una condotta esteriormente riconoscibile e suscettibile di prova in giudizio, particolarmente pericolosa e quindi meritevole e bisognosa di un intervento penale. Infine

²⁸¹ FIORE C., *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, 237 ss.

²⁸² MOCCIA S., *La promessa non mantenuta*, cit., 31.

una norma per essere determinata deve indicare con precisione la fattispecie soggettiva e consentire ai consociati di riconoscere agevolmente il fatto oggetto del divieto.

Appare, pertanto, opportuno valutare la tenuta del concetto di Giustizia riparativa nei confronti degli altri principi costituzionali del diritto penale al fine di validare le sue implicazioni teoriche come caratterizzate da una sufficiente determinatezza.

2.3. La Giustizia riparativa alla prova degli altri principi costituzionali.

Il restante assetto dei principi costituzionali non sembra porsi in antitesi con il concetto di Giustizia riparativa, ma anzi esso opera in una prospettiva di piena e palese convergenza.

Il principio di offensività²⁸³, canone imprescindibile in una prospettiva di integrazione sociale secondo la quale la legge penale deve punire solo i comportamenti lesivi dei beni giuridici quali condizioni di una pacifica coesistenza dei consociati²⁸⁴, non sembra affatto ostare ad un'introduzione della Giustizia riparativa nel sistema penale odierno; anch'esso piuttosto, come il principio di legalità, opera nel senso di una delimitazione del campo di attività della Giustizia riparativa nel diritto penale con riferimento ai comportamenti lesivi o quanto meno pericolosi per i beni giuridici di riferimento. D'altronde, nella regolazione dei rapporti intersoggettivi un'eccessiva anticipazione della tutela penale attraverso la subiettivizzazione della fattispecie corrisponde in misura minore al reale interesse della vittima e all'allarme generato tra i consociati, rispetto a quanto faccia un diritto penale regolato su reati di evento. Come è stato scritto, infatti, importa «alla vittima più il danno subito che le finalità dell'agente»²⁸⁵.

Come è noto, l'offensività del fatto rappresenta il sostrato fondante la valutazione di meritevolezza di pena²⁸⁶. Questa, pur non assurgendo a categoria autonoma, perché «riservando alla meritevolezza di pena un ruolo autonomo ed ulteriore rispetto all'antigiuridicità e alla colpevolezza, si intorbidisce in realtà il volto autentico del reato, impoverendone il nucleo che sin dall'origine, sino da un momento pre - codificatorio, è pensabile soltanto come “robustamente” costituito da uno speciale, “meritevole” di pena” e “bisogno di pena”, contenuto di disvalore colpevole»²⁸⁷, rappresenta un criterio di criminalizzazione che impone di riservare la sanzione penale nei soli casi in cui l'offesa al bene giuridico raggiunge un livello di gravità intollerabile. Meritevolezza di pena e bisogno di

²⁸³ CAVALIERE A., *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione, diritto e processo penale*, Giostra G. - Insolera G. (a cura di), Milano, 1998, 133 ss.; MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.

²⁸⁴ MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, 174.

²⁸⁵ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 182.

²⁸⁶ FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 31.

²⁸⁷ ROMANO M., “Meritevolezza di pena”, “bisogno di pena” e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 46.

pena rappresentano «categorie che affondano le loro radici in una costante e in qualsiasi dominio del diritto mai comprimibile esigenza di giustizia, e dunque come criteri di interpretazione, di verifica o di correzione dei sistemi penali positivi».²⁸⁸

Come è stato sottolineato, dal punto di vista del legislatore che vuole contrastare un fenomeno espressivo di un disvalore di azione e di evento, meritevolezza di pena e bisogno di pena convergono insieme nell'identificazione del tipo di illecito: nel caso in cui vi siano o sopraggiungano condizioni di non punibilità, pur mantenendo il fatto la sua funzione generalpreventiva positiva in quanto astrattamente meritevole di pena, non lo si punisce malgrado il suo bisogno di pena²⁸⁹ ovvero, secondo altri, non lo si punisce perché assente il bisogno di pena²⁹⁰.

Le numerose ragioni di un diritto penale razionale in base alle quali il singolo fatto concreto, che ripete i tratti dal modello astratto, non viene punito, sono ragioni distinte da quelle che hanno presieduto alla introduzione del tipo di illecito con il suo proprio contenuto di disvalore. Tali ragioni non incidono sul bisogno di pena in sé, ma sulla concreta quantità o misura dello stesso.

In tale ottica la Giustizia riparativa appare perfettamente strumentale ad una matura nozione di meritevolezza di pena²⁹¹. Se istituti riparativi penetrano nel diritto penale, la valutazione di meritevolezza di pena da parte del legislatore subirà, con ogni probabilità, delle modificazioni, dovendosi ritenere meritevoli di pena fatti suscettibili di una gestione *restorative* del conflitto sottostante. Ma, dal momento che non si propone un'utopica sostituzione *in toto* del tradizionale strumentario penale con istituti riparativi, tale valutazione non sembra celare il rischio di pericolosi vuoti dal punto di vista generalpreventivo.

Secondo una parte della dottrina²⁹², per un elementare principio di proporzione²⁹³, la Giustizia riparativa addirittura contribuirebbe ad innalzare il grado di offesa necessario per l'attivazione della reazione ordinamentale, poiché andrebbe riservata solo per illeciti "impegnativi", escludendo i comportamenti meno gravi, come i reati di mera inosservanza delle prescrizioni.

Un siffatto ragionamento, per quanto ne siano condivisibili le istanze di fondo, sembra peccare per eccesso: esso estende a tutti i potenziali modelli di Giustizia riparativa le considerazioni maturate in

²⁸⁸ ROMANO M., "Meritevolezza di pena", cit., 40.

²⁸⁹ ROMANO M., *ibidem*.

²⁹⁰ MEZZETTI E., *Nuove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o conciliativa*, in *Cass. pen.*, 9, 2016, 3094 ss.

²⁹¹ Cfr. *Cass. pen.*, sez. III, ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346, Pres. Grillo, Est. Riccardi, Ric. Cestari che, in un *obiter dictum*, ricollega un istituto asseritamente ispirato agli ideali di Giustizia riparativa come la sospensione del processo con messa alla prova alla categoria del bisogno di pena.

²⁹² COLOMBO G., *La giustizia riparativa può essere sistema?*, cit., 60; con specifico riguardo alla mediazione cfr. MOCCIA S., *La mediazione come alternativa alla sanzione penale*, in *Mediazioni, conflitti e società complesse*, M. Ferrara - C. Pucciarelli - C. Troisi (a cura di), Avellino, 2006, 48; PALAZZO F., *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, cit., 75.

²⁹³ VON HIRSCH A. - ASHWORTH A. - SHEARING C., *Specifying aims and limits for Restorative Justice. A "making amends" model?*, cit., 30.

relazione all'ambito applicativo della mediazione, in ragione dei "costi", economici e sociali, ricollegati a tale forma particolare di gestione del conflitto. Ciò sembra un assunto del tutto sproporzionato, giacché l'esperienza concreta di vari Paesi occidentali dimostra che forme meno onerose di Giustizia riparativa possono ben funzionare anche per i reati di gravità medio - bassa, per i quali, inoltre, tali forme di gestione del conflitto suscitano un minore allarme sociale, vero ostacolo per la realizzazione pratica della Giustizia riparativa in relazione a fatti di maggiore gravità²⁹⁴.

L'implementazione del modello di Giustizia riparativa si muove in una direzione pienamente conforme all'assetto costituzionale dell'ordinamento penale anche dal punto di vista del principio di sussidiarietà²⁹⁵ che, d'altronde, insieme con quello di offensività contribuisce a strutturare il giudizio di meritevolezza di pena.

Teoria e prassi della Giustizia riparativa, infatti, si presentano strettamente contigue con le istanze di un diritto penale in funzione di *extrema ratio*²⁹⁶, nel senso che il perseguimento degli obiettivi del diritto penale minimo può ben coesistere con tecniche extrapenali di risoluzione dei conflitti improntate all'ideale riparativo le quali, poste a monte dell'intervento penale, ne favoriscano la massima contrazione²⁹⁷. Il ricorso alla pena statuale, quand'anche ispirata ad ideali riparativi, resta, dunque giustificato solo quando risulta, oltre che necessario (nel senso che gli altri strumenti di tutela sarebbero insufficienti), anche conforme allo scopo. L'inserimento di istituti ispirati alla Giustizia riparativa all'interno del sistema penale, dunque, non ostacola il ricorso a politiche multiagenziali extrapenali, se del caso altresì improntate alla riparazione o al mero risarcimento del danno²⁹⁸. Queste, al contrario, contribuiscono alla più vasta diffusione di una cultura della riparazione all'interno della società che, in un circolo virtuoso, potenzierebbe anche gli effetti generalpreventivi positivi degli istituti penalistici ispirati all'ideale riparativo.

Occorre, tuttavia, precisare che il concetto di Giustizia riparativa non deve necessariamente essere inteso come il preludio di una rinnovata privatizzazione della giustizia penale: il principio di sussidiarietà impone di evitare il ricorso al diritto penale quando un altro intervento, ugualmente pubblico, appare maggiormente efficace ma non implica una retrocessione del controllo

²⁹⁴ MOCCIA S., *La mediazione come alternativa alla sanzione penale*, cit., 48.

²⁹⁵ ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 215 ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 29; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale*, cit., 7; MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, 112; ROMANO M., "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 39 ss.

²⁹⁶ MOCCIA S., *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, in *Critica del diritto*, 4, 2004, 345.

²⁹⁷ D'AMATO S., *op. cit.*; MOCCIA S., *La mediazione come alternativa alla sanzione penale*, cit., 42; VIANELLO F., *Mediazione penale e diritto tra informalità ed formalizzazione*, in Pisapia G.V. (a cura di), *Prassi e Teoria della mediazione*, Padova, 2000, 130 ss.

²⁹⁸ ROXIN C., *La posizione della vittima nel sistema penale*, in *Ind. pen.*, 1989, 5 ss.

pubblicistico a favore, sempre e comunque, dell'autodifesa privata²⁹⁹. Anche perché una tale prospettiva, ben lungi dal rimuovere le condizioni di squilibrio di potere spesso alla base dei conflitti formalizzati in ipotesi di reato, finirebbe per legittimare il dominio del più forte sul più debole, a completo discapito di quello che è l'ideale riparativo.

Il concetto di Giustizia riparativa è altresì conforme al principio di personalità della responsabilità penale³⁰⁰, che impone l'esigenza di un legame psicologico tra fatto e autore che giustifichi la "rimproverabilità" di quest'ultimo per quanto non solo abbia materialmente causato, ma che gli appartenga da un punto di vista soggettivo.

Se la Giustizia riparativa implica la responsabilizzazione del reo verso la vittima e la comunità, appare necessario un riconoscimento ed un accertamento quanto meno della colpa del reo, in piena conformità con quanto sostenuto dalla Corte costituzionale nelle sentenze 364 e 1085 del 1988. Un'analoga sinergia si riscontra, altresì, in relazione alla individualizzazione della responsabilità penale sotto il profilo del *quantum*, ugualmente imposto dal principio di personalità: la Giustizia riparativa si pone in senso conforme verso un adeguamento della *species* e del *quantum* del trattamento sanzionatorio in ragione della personalità del reo.

Anzi, la Giustizia riparativa permette di convogliare un concetto più ampio e profondo del principio di personalità: il coinvolgimento attivo e dialogico delle parti evidenzia la dimensione relazionale della responsabilità, intesa in senso forte come capacità di rispondere delle proprie azioni e delle conseguenze che queste hanno manifestato sul tessuto di relazioni nel quale si sono inserite³⁰¹. La dimensione relazionale della responsabilità appare il riflesso della intersoggettività nella quale si colloca l'agire del singolo: la scelta relativa all'agire, soprattutto se idonea a dispiegare effetti importanti su altri soggetti, deve potersi dire apprezzabile anche dall'altro, sul quale tale scelta di manifesta³⁰². Non a caso la Giustizia riparativa mostra di prediligere il termine dinamico di "responsabilizzazione" piuttosto che quello statico di "responsabilità"³⁰³.

Il principio di personalità della responsabilità penale, inoltre, nella sua accezione minimale di divieto di responsabilità per fatto altrui, offre un'ulteriore linea guida nella definizione di un concetto di Giustizia riparativa costituzionalmente desunto. Può apparire in frizione con tale principio il verificarsi di trattamenti irragionevolmente deteriori a carico del reo, coinvolto in una procedura riparativa, nel caso di comportamento ostativo della vittima o della comunità: esso funge

²⁹⁹ Cfr. a proposito dell'indirizzo vittimo - dommatico PAGLIARO A., *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 53, 1, 2010, 41 ss.

³⁰⁰ FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale, cit.*, 193; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale, cit.*, 367; MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, 141 ss.

³⁰¹ Parla di responsabilità prospettica FODDAI M. A., *Responsabilità e giustizia riparativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2016, 1703 ss.

³⁰² REGGIO F., *Giustizia dialogica, cit.*, 130.

³⁰³ FODDAI M. A., *op. cit.*

da monito contro il rischio ben noto alla dottrina di rendere più problematico l'accesso a misure non desocializzanti alternative attraverso la Giustizia riparativa, subordinandone di fatto la possibilità all'assenso delle persone offese³⁰⁴.

Il riconoscimento di colpa e l'assunzione di un obbligo riparativo che riflette tale riconoscimento, corollari imposti dal principio di personalità della responsabilità penale, delineano un modello costituzionalmente desunto di Giustizia riparativa affine, per certi versi, al cosiddetto "*Making amends*" model³⁰⁵ sostenuto da una parte della dottrina anglosassone. Questo modello è orientato *in primis* alla riparazione del fatto compiuto dall'agente, secondo un piano condiviso con la persona offesa, ma non si preclude ulteriori finalità aggiuntive a questa.

Ciò che rileva è che in questo modello, così come nell'accezione costituzionale di Giustizia riparativa, non si può prescindere dalle dinamiche del processo tradizionale ai fini dell'accertamento della colpevolezza del soggetto agente. Tali dinamiche, in correlazione con l'accertamento della responsabilità del reo, non si rivelano inutili o controproducenti rispetto agli obiettivi della Giustizia riparativa, perché il processo tradizionale offre garanzie di imparzialità e di razionalità nell'accertamento della responsabilità che rappresentano un tassello ineludibile nell'implementazione di un modello di diritto penale riparativo. Un necessario rapporto virtuoso con l'accertamento processuale rappresenta la principale ragione che suscita rilevanti perplessità quando si tenta di presentare come istituti di Giustizia riparativa meccanismi deflattivi improntati su "accertamenti negativi" di responsabilità, sulla falsariga del patteggiamento.

2.4. Giustizia riparativa e giusto processo.

Una prospettiva di interazione tra Giustizia riparativa e diritto penale tradizionale impone necessariamente l'analisi del possibile rapporto tra le forme riparative di gestione del conflitto sotteso al reato e le dinamiche processuali. Queste, d'altronde, alla luce del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale rappresentano un passaggio ineludibile al fine di una formalizzazione del giudizio di colpevolezza del soggetto agente. La necessità di un siffatto rapporto rappresenta un problema di concreta attuazione della Giustizia riparativa, che spesso presenta regole tecniche e modalità diverse da quelle del processo penale³⁰⁶, pur non potendo

³⁰⁴ EUSEBI L., *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, G. Mannozi - G. A. Lodigiani (a cura di), Bologna, 2015, 116.

³⁰⁵ VON HIRSCH A. - ASHWORTH A. - SHEARING C., *Specifying aims and limits for Restorative Justice. A "making amends" model?*, cit., 21 ss.

³⁰⁶ Come sottolinea REGGIO F., *Giustizia dialogica*, cit., 25 anche se in relazione a molti istituti riparativi si usa il termine *process* questo in realtà ha un significato ben diverso dal processo in senso giuridico (*trial*).

prescindere in un'accezione costituzionalmente orientata - come si è osservato - dalla potenza accertativa di questo.

In primo luogo, appare opportuno demarcare delle linee distintive tra Giustizia riparativa e le cosiddette forme di giustizia negoziata³⁰⁷, ovvero, come è stata anche definita, contrattata³⁰⁸. I confini sono tracciabili in modo netto soltanto da un punto di vista astratto, ma non bisogna trascurare il rischio di pericolose commistioni sul piano concreto.

Infatti, è indubbio che una gestione condivisa delle conseguenze provocate dal reato implica una certa dose di negozialità la quale, anche se calata nel processo penale, condivisibilmente non è ritenuta un male in sé³⁰⁹.

Tuttavia con il termine giustizia negoziata o contrattata si intende fare riferimento ad un'accezione negativa del fenomeno, rappresentato da una gestione della penalità espressiva di una forte crisi della legalità e di valori. La premialità viene adoperata come merce di scambio in una contrattazione strutturalmente asimmetrica tra ordinamento e autore del reato, al fine di ottenere da quest'ultimo determinate prestazioni, spesso del tutto slegate dal piano dell'offesa e dell'integrazione sociale del reo. Gli autori dei reati vengono beneficiati soltanto in quanto offerenti prestazioni finanziarie, nel caso dei fenomeni di illegalità più diffusa che lo Stato rinuncia a perseguire, oppure conoscitive, come strategia di contrasto della criminalità terroristica e mafiosa. La giustizia contrattata mira soprattutto a promuovere, attraverso le dinamiche di un diritto dell'autore che prescinde dall'accertamento della verità e della responsabilità del reo, un'auspicata efficienza del sistema processuale che spesso, attraverso i fenomeni di collaborazione coartata e le distorsioni dal punto di vista generalpreventivo negativo e positivo, si rivela indimostrata se non addirittura inesistente.

Al contrario, il tratto caratterizzante la Giustizia riparativa, quand'anche sia associata a norme premiali che consentano di accelerare l'*iter* processuale - dato, questo, comunque non imprescindibilmente legato al suo connotato originario - è che questa mira a ristabilire un dialogo tra l'autore del reato e la vittima e, specularmente, con l'ordinamento in merito alle esigenze di tutela e di riparazione dei beni offesi, favorendo tendenzialmente l'emergere, almeno di fatto, di una responsabilità consapevole.

La Giustizia riparativa è, dunque, una giustizia negoziata che mira ad un recupero di legalità che rappresenta il converso dell'offesa intorno alla quale è polarizzata la norma penale, finalizzando tale recupero comunque alla difesa di beni giuridici. Il recupero di legalità attraverso condotte

³⁰⁷ EUSEBI L., *Profili della finalità conciliativa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci. Teoria della pena, teoria del reato*, Milano, 2006, 1116.

³⁰⁸ BAFFI E., *Giustizia contrattata: dalla bottega al mercato globale*, in *La Giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, S. Moccia (a cura di), Napoli, 1998, 191 ss.

³⁰⁹ *Ibidem*.

controffensive - che dimostra la rilevanza della riparazione nel concetto di integrazione sociale - rappresenta l'unico presupposto di un'eventuale strategia di premialità compatibile con il nostro assetto costituzionale in cui si delinea, come è noto, un diritto penale del fatto e non dell'autore³¹⁰, salve opzioni normative che si orientano in tale direzione al fine di realizzare più complessivamente un diritto penale dell'integrazione sociale.

Ciò premesso, la delimitazione della giustizia riparativa rispetto ai fenomeni perversi della giustizia contrattata che affastellano l'attuale ordinamento processuale non è sufficiente ai fini di una corretta impostazione dei rapporti tra Giustizia riparativa e processo.

Secondo alcuni la strutturale e finalistica contrapposizione tra la logica del processo penale e quella della Giustizia riparativa dovrebbe indurre a delineare un rapporto di completa alternatività tra i due strumenti. Secondo tale opinione, soltanto l'originaria sottrazione del conflitto alle dinamiche processuali può efficacemente portare a risultati fruttuosi dal punto di vista riparativo.

Tuttavia, l'impossibilità dell'adozione di modelli puri di giustizia riparativa e l'imprescindibile accertamento della responsabilità del reo hanno indotto gli autori ad immaginare necessariamente forme "realistiche" di giustizia riparativa, localizzate in fase endoprocedimentale³¹¹. Ciò si lega, d'altronde, ad un'esigenza molto più pragmatica che investe la Giustizia riparativa di scopi di deflazione processuale³¹², oltre che di decarcerizzazione.

Molti ordinamenti sembrano puntare su questo aspetto che, in prima battuta, tradisce le nobili aspettative e origini della *Restorative Justice*³¹³, sorta a livello internazionale non come trattamento dei crimini bagatellari ma come modalità di gestione dei crimini contro l'umanità³¹⁴.

L'analisi del rapporto tra pratiche di Giustizia riparativa e sistema giudiziario penale dimostra una "vicinanza" tra i due sistemi forse maggiore di quella ci si aspetterebbe: per quanto concerne l'autorità che instaura il processo riparativo, nella maggior parte dei casi la mediazione, in quasi tutti i Paesi europei questa è rappresentata da pubblici ministeri e giudici, come accade in Austria, Germania, Belgio, Finlandia, Francia, Italia, Spagna, Lussemburgo, Norvegia, Polonia, Svezia e Olanda.

Soltanto in Irlanda, Inghilterra e Galles l'autorità inviante non è l'autorità giudiziaria ma la polizia, che può trattenere il caso in mediazione prima di sottoporlo al *prosecutor* (ma solo se le prove sono sufficienti ed esiste un pubblico interesse che giustifica la sottoposizione del caso al *Crown*

³¹⁰ MOCCIA S., *Il dover essere della penalità*, in *Giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, S. Moccia (a cura di), Napoli, 1998, 203 ss.

³¹¹ MOCCIA S., *La mediazione come alternativa alla sanzione penale*, cit., 45.

³¹² EUSEBI L., *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, G. Mannozi - G. A. Lodigiani (a cura di), Bologna, 2015, 116.

³¹³ MOCCIA S., *La mediazione come alternativa alla sanzione penale*, cit., 48.

³¹⁴ EUSEBI L., *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio*, cit., 114.

Prosecution Service). I Paesi scandinavi si collocano a metà strada perché l'autorità inviante può essere tanto la polizia come nelle isole britanniche, quanto i pubblici ministeri e i giudici³¹⁵ come nei sistemi di formazione continentale.

In tutti i casi è comunque sorprendente sottolineare come la diffusione della Giustizia riparativa nei Paesi Europei sia stata con maggiore decisione convogliata attraverso le strutture e gli organi della giustizia tradizionale anziché mediante politiche multiagenziali extrapenali.

Dal punto di vista descrittivo, dunque, esaminando le pratiche di giustizia riparativa rispetto al loro rapporto funzionale con il sistema giudiziario penale, nella maggioranza dei Paesi europei l'invio dei casi in mediazione è quasi sempre effettuato nelle fasi preprocessuali dai pubblici ministeri e non dai giudici³¹⁶.

In altri termini quasi ovunque i veri *gatekeepers* della mediazione penale sono i pubblici ministeri proprio perché la Giustizia riparativa viene spesso destinata a perseguire finalità di *diversion*, soprattutto nel caso della giustizia minorile, come accade in Francia, Austria, Belgio, Spagna, Germania, Lussemburgo. Anche l'Italia non si discosta da questa tendenza poiché, come emerge dagli studi statistici sul punto, nel procedimento minorile circa il 75% di casi vengono inviati in mediazione dai pubblici ministeri nella fase delle indagini, mentre solo un quarto viene inviato dai giudici nelle fasi successive del procedimento penale³¹⁷.

Ma, nonostante questi indici provenienti dalla prassi, a ben vedere una relegazione della Giustizia riparativa (soltanto) a modalità alternativa ed extraprocessuale di gestione del reato presenta una serie di disfunzioni.

A parere di chi scrive la Giustizia riparativa non è intrinsecamente incompatibile con la deflazione processuale: alcune forme più elementari di gestione condivisa del conflitto possono prestarsi a deflazionare a monte il contenzioso per alcuni reati meno gravi, attinenti ai rapporti interpersonali. Basti pensare al regime della procedibilità a querela, non a caso accompagnato da precise istanze normative che investono il giudice di un compito agevolatore della composizione della lite, come l'art. 555 co. 3 c.p.p. e l'art. 29 co. 4 d. lgs. 274 2000.

Tuttavia, la deflazione processuale non è uno dei τέλοι primari della Giustizia riparativa: anzi, si può ben dire che esso in pone in termini inversamente proporzionali con i veri τέλοι di riferimento, giacché più le forme di giustizia riparativa si prestano ad una funzione deflattiva più sembrano progressivamente allontanarsi dal nucleo fondativo della Giustizia riparativa, fino ad abbandonarlo

³¹⁵ COLAMUSSI M. - MESTITZ A., voce *Restorative Justice* (Giustizia riparativa), in *Dig. Disc. Pen., Agg. V*, Torino, 2010, 423 ss.

³¹⁶ COLAMUSSI M. - MESTITZ A., *ibidem* distinguono una integrazione in fase extragiudiziaria, in fase para - giudiziaria ed una in fase endo-giudiziaria.

³¹⁷ COLAMUSSI M. - MESTITZ A., *op. cit.*, 423 ss.

del tutto³¹⁸; le forme di Giustizia riparativa piegate a fini esclusivamente deflattivi finiscono per tramutarsi in mere abdicazioni dello Stato alla punizione di un comportamento, con forti rischi di privatizzazione del conflitto e di automatismi ben lungi dal convogliare un'attiva partecipazione del reo e della vittima ad una gestione condivisa del conflitto.

Tuttavia, non sembra questo l'argomento principale che dissuade dal puntare sulla Giustizia riparativa per ottenere effetti deflattivi del contenzioso processuale. Piuttosto, forme di *diversion* improntate sulla Giustizia riparativa pongono seri problemi di compatibilità con alcune esigenze garantistiche fondamentali dello Stato di diritto, rappresentate dal principio di eguaglianza, da quello di legalità ma soprattutto dalla presunzione di innocenza.

Per quanto si pensi di ridurre al minimo la presa di conoscenza da parte dell'autorità giudiziaria delle dichiarazioni rese nei procedimenti di giustizia riparativa o simili, il solo fatto di aver intrapreso un percorso di Giustizia riparativa significa, se questa è calata nel sistema nella sua accezione costituzionalmente compatibile, un'assunzione di responsabilità da sola potenzialmente in grado di condizionare l'eventuale processo, destinato a riprendere in caso di cattivo esito del procedimento riparativo.

D'altronde, per mantenersi nell'alveo del concetto di Giustizia riparativa, l'eventuale meccanismo deflattivo dovrebbe includere quantomeno un comportamento attivo/riparatorio del reo, dal contenuto palesemente parasanzionatorio³¹⁹: ciò dovrebbe postulare l'indefettibile accertamento, per quanto con cognizione sommaria da parte del giudice, di una responsabilità del reo per il fatto commesso.

Sembra riproporsi, in altra veste, il tema dell'accertamento della responsabilità in quella forma di giustizia contrattata con finalità deflative - categorie questa volta evocate a giusta ragione - rappresentata dal patteggiamento. L'assetto dei principi costituzionali rende impossibile sostenere la legittimità di pene inflitte senza accertamento di responsabilità del reo ma sulla base del mero dato che le parti le abbiano concordate³²⁰, come è stato ben chiarito dalla Corte costituzionale con la sentenza 313 del 1990, sebbene spesso smentita dalla successiva giurisprudenza costituzionale e di legittimità. Proprio perché nel sistema processuale penale l'autonomia delle parti non è totalmente libera, appare opportuno ricordare che la sentenza 313 del 1990, in ragione del finalismo rieducativo che permea il sistema penale *ex art. 27 Cost.*, ha riservato al giudice il vaglio sulla

³¹⁸ Cfr. MEZZETTI E., *Nuove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o conciliativa*, in *Cass. pen.*, 9, 2016, 3094 ss.

³¹⁹ FERRUA P., *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in M. Daniele - P.P. Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, 2015, p. 183.

³²⁰ GALLO E., *Pena senza giudizio e giudizi costituzionali*, in *Giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, S. Moccia (a cura di), Napoli, 1998, 11 ss.; FERRUA P., *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, cit., 188, chiarisce che il consenso dell'imputato autorizza l'abbandono del contraddittorio come metodo epistemologico di formazione della prova ma non certo l'accertamento in sé, comunque necessario.

qualificazione giuridica del fatto e sulla congruità della pena in sede di patteggiamento, a differenza di quanto accade nel *plea bargaining* di matrice anglosassone, in cui le parti sono sostanzialmente libere di qualificare i fatti e quantificare la pena³²¹. Né è possibile ritenere l'accertamento della responsabilità del reo implicito nell'adesione all'accordo, perché un tale accertamento non può ridursi ad una confessione unilaterale, che rischierebbe di riportare il nostro sistema a quello di tempi bui in cui la confessione era *regina probationum*³²².

Se quanto detto vale ciò per il patteggiamento quale stereotipo della giustizia contrattata, *a fortiori* il ragionamento è estendibile alle eventuali forme di giustizia riparativa³²³ che si vogliano piegare a finalità deflative, le quali, come è stato già detto, non possono prescindere da un pieno accertamento di sussistenza del fatto e di responsabilità del suo autore.

Delle due l'una: o le forme di *diversion* orientate sulla base della Giustizia riparativa presuppongono un accertamento di responsabilità per quanto sommario, e allora sono ben poco diversive, a meno che non si consenta al giudice di emanare un giudizio di responsabilità oracolare e meramente declamatorio, in piena violazione dell'art. 27 Cost.³²⁴; oppure tali forme prescindono da un accertamento di responsabilità e da un coinvolgimento attivo del reo in funzione di tale accertamento, ma in tal caso non sono annoverabili come forme riparative di *diversion*.

Al di là dell'infelice rapporto funzionale con le finalità deflative, le forme endoprocedimentali di giustizia riparativa scontano problemi ulteriori, simili a quelli suscitati dalle forme di giustizia contrattata; similitudine, questa, probabilmente alla radice della confusione tra i due concetti.

Anche le forme riparative endoprocedimentali sono connotate dall'elevato rischio di veicolare una sorta di "penitenziarizzazione" della giustizia penale³²⁵. Queste, infatti, comportano la potenziale alterazione della struttura accusatoria del giudizio di cognizione e del relativo equilibrio di potere tra le parti attraverso un innesto di diseguaglianza, al pari di quanto accade nel sistema tradizionale

³²¹ FANCHIOTTI V., voce *Processo penale statunitense*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, I, Milano, 808 ss.

³²² CATTANEO M., *Diritto penale: filosofia non politica*, in *Giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, S. Moccia (a cura di), Napoli, 1998, 30 ss.; ALBANO V., *La parola all'accusato: la ricerca della confessione*, in *Giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998, 195 ss.; MOCCIA S., *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1988.

³²³ REGGIO F., *Giustizia dialogica*, cit., 124-125.

³²⁴ Cfr., in relazione al patteggiamento, ma con riflessioni esportabili anche in relazione alle forme di giustizia riparativa GALLO E., *Pena senza giudizio e giudizi costituzionali*, in *Giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998, 11 ss. Per una riflessione critica sull'effettiva natura di accertamento di responsabilità nella sentenza di patteggiamento cfr. FERRUA P., *La giustizia negoziata nella crisi della funzione cognitiva del processo penale*, in *Giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, S. Moccia (a cura di), Napoli, 1998, 56-57. Sulla necessità che forme di Giustizia riparativa non violino il principio di legalità sostanziale e processuale cfr. BOUCHARD M., *La mediazione: una terza via per la giustizia penale*, in *Questione Giustizia*, 3-4, 1992, 782.

³²⁵ PAVARINI M., *La "penitenziarizzazione" della giustizia penale*, in *Giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, S. Moccia (a cura di), Napoli, 1998, 175 ss.

in sede di esecuzione, in cui la pena diventa flessibile e relativamente indeterminata, frutto di un giudizio sull'autore in termini di pericolosità piuttosto che sul fatto in termini di garanzia.

Forme di giustizia riparativa endoprocedimentali, inoltre, comporterebbero altresì un rischio di degiurisdizionalizzazione del processo tramutandolo in uno spazio flessibile di gestione condivisa (se inteso nella sua accezione ideale e positiva) o di mercanteggiamento (se inteso in un'accezione pragmatica e negativa): ciò comporterebbe un completo annichilimento del diritto penale del fatto³²⁶ a favore di un diritto penale eminentemente simbolico, che prescinde da un serio accertamento del fatto e della effettiva responsabilità del suo autore³²⁷.

Da quanto detto deriva che, sebbene rappresentino la forma più diffusa nella prassi, gli istituti asseritamente riparativi endoprocedimentali con finalità deflattive non sono compatibili con un ideale costituzionalmente compatibile di Giustizia riparativa che non voglia concretizzarsi in mere forme di giustizia negoziata.

Un'accezione costituzionalmente orientata di Giustizia riparativa, al contrario, deve dimostrarsi come un ideale capace di valorizzare le componenti positive della negozialità e, eventualmente, anche della premialità, ovvero quelle orientate all'integrazione sociale e alla difesa dei beni giuridici coinvolti, sottoforma di elisione dell'offesa o di sua attenuazione. Perché ciò accada è imprescindibile che la dinamica processuale si svolga nella sua pienezza, al fine di giungere ad un accertamento formale della sussistenza del fatto e della responsabilità del reo.

Indubbiamente il necessario passaggio attraverso il processo di accertamento mal si attaglia ad un modello puro di gestione riparativa del conflitto, che vorrebbe prescindere completamente dalle dinamiche processuali, spesso incolpate di una perpetuazione degli squilibri di potere sottesi ai conflitti sociali e di una ulteriore lacerazione dei rapporti interpersonali tra le parti coinvolte.

Tuttavia un tale compromesso, pienamente in linea con un modello massimalista di Giustizia riparativa e comunque non ignoto ad alcune forme classiche³²⁸, risulta un passaggio obbligato affinché gli istituti riparativi possano introdursi nel sistema penale senza pericolose frizioni con i principi costituzionali del diritto sostanziale e processuale.

D'altronde è stato sottolineato come l'accertamento del fatto, della colpevolezza dell'autore e della sussistenza di una lesione riguarda questioni caratterizzate da opposizioni per contraddittorietà, in relazione alle quali la metodologia più indicata è proprio quella elentico - confutatoria, tipica del

³²⁶ MOCCIA S., *Il dover essere della penalità*, in *Giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, S. Moccia (a cura di), Napoli, 1998, 203 ss.

³²⁷ FIORE S., *Verso una "degiurisdizionalizzazione" del sistema penale*, in *Giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, S. Moccia (a cura di), Napoli, 1998, 185 ss.

³²⁸ L'interazione tra giustizia tradizionale e giustizia riparativa è ben evidente nel fenomeno dei *sentencing circles*. Cfr. LILLES H., *Circle Sentencing: Part of the Restorative Justice Continuum*, in *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, A. Morris - G. Maxwell (a cura di), Oxford, 2001, 161.

contraddittorio processuale. Il ricorso a tali modalità appare necessario per salvaguardare un adeguato controllo pubblicistico sulla fase preliminare alla riparazione vera e propria del conflitto. Forme di Giustizia riparativa che salvaguardano la possibilità di un accertamento formalizzato e processuale sembrano maggiormente attente all'esigenza di garantire un vaglio critico sulla sussistenza di quegli elementi fattuali che costituiscono una premessa necessaria affinché si possa parlare di riparazione del conflitto.

La determinazione del *quantum* e del *quomodo* delle condotte riparatorie già acclarate come necessaria risposta ad un fatto di cui il soggetto è responsabile rappresenta, invece, un classico caso di opposizione per contrarietà in cui il problema non è più quello di espungere argomenti contraddittori, quanto quello di sintetizzare i contrari. Siccome in questi casi la struttura logico - argomentativa del discorso non è quella della confutazione ma del dialogo cooperativo, le forme di giustizia riparativa offrono strumenti più adeguati rispetto a quelli del processo tradizionale³²⁹.

Quanto detto poc'anzi permette di ritenere che le istanze riparative potranno avere una piena e legittima esplicazione nella fase della commisurazione in senso lato della pena e, ancor di più, nella fase di esecuzione della stessa.

La modalità dell'inserimento delle forme di giustizia riparativa più conforme all'assetto dei principi costituzionali è quella di configurarla come alternativa alla sanzione penale piuttosto che alternativa al processo. Tale affermazione va intesa, allo stato, nel senso di non pregiudicare la concreta destinazione dell'istituto di Giustizia riparativa all'interno della sistematica penalistica: qualunque essa sia, si deve ritenere che essa non possa prescindere da una ordinaria gestione processualpenalistica.

Ciò importa necessariamente anche una ripensamento del ruolo del giudice, la cui attività non può più prescindere da una valutazione circa le conseguenze che derivano dal reato non solo in termini di rapporto aritmetico tra gravità del fatto e gravità della pena ma in un'ottica prescrittiva e progettuale. Tale attività non sembra intrinsecamente esorbitante l'ambito tradizionale della discrezionalità giudiziaria³³⁰ ma deve comunque essere configurata come applicazione al caso concreto di criteri di intervento definiti dal legislatore sia in chiave quantitativa che qualitativa³³¹ per non risultare disfunzionale rispetto ai principi del sistema. Come è stato sottolineato, «andranno forniti al giudice sia i criteri generalizzanti cui riferire la determinazione del limite massimo d'intervento per ciascun caso concreto, sia i criteri cui debba ispirarsi, anche con riguardo alla scelta tra diverse tipologie sanzionatorie, per determinare la modalità più adeguata, in rapporto alla

³²⁹ REGGIO F., *Giustizia dialogica*, cit., 137-138 sostiene che pertanto le forme di *Victim Offender Mediation* sono meno attente a questo profilo di accertamento della base fattuale per la riparazione.

³³⁰ EUSEBI L., *Giustizia conciliativa e discrezionalità nel sistema penale*, in *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, L. Picotti - G. Spangher (a cura di), Milano, 2002, 55 ss.

³³¹ EUSEBI L., *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio*, cit., 105.

persona del soggetto agente, onde far sì che si realizzino nella situazione concreta - secondo le indicazioni del legislatore - gli obiettivi dell'ordinamento penale»³³². D'altronde, è molto più garantista un sistema che prenda atto dell'indispensabile ruolo della discrezionalità giudiziaria non come risposta agli inadempimenti definitivi del legislatore ma come mezzo "guidato" dal legislatore in funzione di ben specificati fini, non da ultimo, nell'ambito di cui si sta trattando, quello della riparazione del rapporto intersoggettivo tra le parti.

La percezione della "terzietà" e impersonalità del giudice quale tratto caratteristico del sistema tradizionale di giustizia non deve essere vista come preclusiva dell'introduzione di istituti riparativi³³³ nel diritto penale, perché l'imparzialità è funzionale ad impedire che il vissuto delle parti divenga del tutto egemone rispetto alle loro ragioni e all'esigenza, sia dei soggetti che dell'ordinamento, di comporre razionalmente. Come è stato segnalato anche dalla dottrina anglosassone, la Giustizia riparativa in sé non offre le garanzie di un imparziale accertamento della responsabilità che è invece imprescindibile per un corretto funzionamento dello stesso ideale riparativo³³⁴. Come è stato scritto, sebbene a proposito della mediazione ma sicuramente con riflessione estendibile al più ampio *genus* della Giustizia riparativa, questa «non mira all'accertamento di un fatto, ma piuttosto parte dall'accertamento di un fatto di reato, per creare una nuova situazione fattuale, cioè la costruzione di spazio dialogico - comunicativo tra le parti confliggenti»³³⁵.

Il ruolo del giudice in una concezione costituzionalmente compatibile di Giustizia riparativa non è quello di esercitare un potere autoreferenziale rispetto al conflitto sotteso al reato e all'esito sanzionatorio e trattamentale, che prescinda dagli argomenti processuali delle parti sovrastandoli: l'ordinamento deve provvedere a formare istituti in cui il potere riparativo del giudice coinvolga le parti in causa, trovando giustificazione e limite nel tentativo di incorporazione della gestione del conflitto in una decisione che, da un lato, non è estranea alle parti e non è percepita come tale, ma che, dall'altro, non si risolve in un puro compromesso di stampo privatistico.

La propensione della Giustizia riparativa a presentarsi come alternativa alla pena tradizionale, nel senso prima specificato, è ben evidente se si considera che le forme di quest'ultima, rappresentate dalla pena detentiva e quella pecuniaria, impediscono più che favorire la riparazione del conflitto con la vittima e con la comunità³³⁶.

³³² Cfr. EUSEBI L., *Giustizia conciliativa e discrezionalità nel sistema penale*, cit., 74-75.

³³³ REGGIO F., *Giustizia dialogica*, cit., 86.

³³⁴ VON HIRSCH A. - ASHWORTH A. - SHEARING C., *Specifying aims and limits for Restorative Justice*, cit., 2003, 33.

³³⁵ MOCCIA S., *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, in *Critica del diritto*, 4, 2004, 344.

³³⁶ ROXIN C., *La posizione della vittima nel sistema penale*, in *Ind. pen.*, 1989, 5 ss.

Probabilmente il considerare la Giustizia riparativa come alternativa alla sanzione penale anziché al processo penale non riesce completamente a neutralizzare i rischi di penitenziarizzazione e degiurisdizionalizzazione del processo penale, ma indubbiamente contribuisce a depotenziarli.

Né tanto meno un'accezione costituzionalmente imposta di Giustizia riparativa sembra risolvere in radice quello che, secondo parte della dottrina³³⁷ è il vero problema di un suo eventuale "successo", ovvero che l'approccio riparativo sia poco "volontario" e molto interessato, il che contraddirebbe l'essenza stessa della Giustizia riparativa.

Ma anche tale rischio, insito a ben vedere in tutti gli istituti che fanno leva sulla premialità o, ancora più in generale, che valorizzano la condotta successiva del reo, non sembra ostare ad una considerazione "laica" della giustizia riparativa come alternativa alla sanzione penale che, in quanto tale, deve fare i conti con l'inevitabile tematica della sua "corrispettività", del suo prezzo economico-processuale. Come è stato saggiamente osservato, anche gli altri istituti di prevenzione speciale sono soggetti a fallimenti ma la sperimentazione di tali istituti non può risultare preclusa a monte, per un astratto rischio di recidiva³³⁸. Piuttosto, la possibilità concreta di ridurre tale rischio risiede nella delimitazione dei casi in cui tali istituti possono essere sperimentati.

D'altro canto, a differenza di molti altri istituti specialpreventivi, vissuti in maniera passiva dal reo, gli istituti ispirati all'ideale riparativo presentano il vantaggio, grazie alla loro natura di "percorsi" di esperienza attiva da parte dell'autore del reato, di poter innescare un reale ravvedimento anche *in itinere*.

Una giustizia riparativa esperita successivamente all'azione penale e, ancor di più successivamente alla condanna da parte del giudice, sicuramente comporta uno snaturamento di un modello puro di *Restorative Justice*: ma tale modello puro, come è stato già chiarito in precedenza, non sarebbe comunque praticabile all'interno del nostro assetto costituzionale, quanto meno in ambito penale.

È indubbiamente vero che qualificare la giustizia riparativa come alternativa alla sanzione penale non evita il coinvolgimento nelle dinamiche processuali, né le sue potenziali conseguenze nefaste, rappresentate dalla stigmatizzazione del reo e dall'eventuale rischio di vittimizzazione secondaria della vittima; ma che la Giustizia riparativa debba assurgere ad alternativa alla pena e non ad alternativa al processo penale sembra l'unico destino possibile per riservare alla stessa un ambito di applicazione conforme all'assetto costituzionali, in presenza di principi come quelli di obbligatorietà dell'azione penale e di presunzione di innocenza.³³⁹

Non è dunque possibile attribuire al processo penale una esclusiva funzione di mediare i conflitti tra le parti, estromettendo la primaria finalità cognitiva di ricostruzione dei fatti e di accertamento delle

³³⁷ DONINI M., *Il delitto riparato*, cit., 135 ss.

³³⁸ ROXIN C., *La posizione della vittima nel sistema penale*, in *Ind. pen.*, 1989, 5 ss.

³³⁹ MOCCIA S., *La mediazione come alternativa alla sanzione penale*, cit., 46.

responsabilità. Ma questo non vuol dire, come pure si è paventato³⁴⁰, che il diritto penale si riduca a surrogato e vicario strumento di riconciliazione tipico del diritto civile, dal momento che il concetto di riparazione su cui si incentra la Giustizia riparativa e le modalità con cui sono coinvolte le parti in causa non sono completamente sovrapponibili al dettame civilistico.

2.5. Il risarcimento del danno in un'ottica teleologicamente orientata ai fini della Giustizia riparativa

La rilevanza, in vario modo, del risarcimento del danno all'interno del sistema penale non è affatto una novità.

Quello che ci si propone in questa sede è una rilettura ed un'eventuale rifondazione dell'istituto del risarcimento del danno in un'ottica teleologicamente orientata ai fini di Giustizia riparativa, analizzando conseguentemente la praticabilità di una siffatta operazione. Occorre dunque vagliare, all'interno della più vasta e risalente tematica dell'utilizzo degli strumenti civilistici per conseguire collaterali finalità politico - criminali³⁴¹, se e quali di questi possano rivelarsi funzionali agli ideali di Giustizia riparativa/integrazione sociale, rappresentati dalla valenza specialpreventiva dello sforzo di solidarietà del reo verso la vittima e dall'aggregazione dei consensi dei consociati giustificata da una più ampia e condivisa gestione del conflitto sotteso al reato, che contemperi le esigenze della persona offesa con il rispetto dei diritti del reo.

Il codice Rocco, oltre a riconoscere il risarcimento del danno come sanzione civile derivante da reato *ex art.* 185 c.p., configura ai sensi dell'art. 62 n. 6, prima parte, c.p. il risarcimento integrale ed effettivo prima del giudizio come un'attenuante comune, concepibile per qualsiasi reato che abbia cagionato un danno risarcibile, patrimoniale o non patrimoniale, indipendentemente dal fatto che si tratti di reato contro il patrimonio o di reato contro altre tipologie di beni giuridici³⁴².

Proprio l'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 prima parte c.p. rappresenta un caso emblematico di come la "riparazione" *lato sensu* intesa non necessariamente coincida con le finalità della Giustizia riparativa.

Considerata per lungo tempo dalla dottrina un'attenuante a carattere soggettivo, la cui *ratio* andrebbe ravvisata nella più blanda pericolosità sociale del soggetto agente che, ravvedutosi rispetto a quanto realizzato, cerchi di porre un argine effettivo al danno prodotto, il risarcimento del danno nell'art. 62 n. 6 c.p. è valorizzato dalla giurisprudenza maggioritaria a prescindere dal comportamento della vittima.

³⁴⁰ MEZZETTI E., *Nuove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o conciliativa*, in *Cass. pen.*, 9, 2016, 3094 ss.

³⁴¹ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 864.

³⁴² *Cass. pen.*, sez. VI, n.4304 del 2004; Così *Cass.*, sez. un., 29 ottobre 1983, in *Cass. pen. mass.*, 1984, 846.

Appare opportuno ricordare quanto sancito dalla Corte costituzionale con la sentenza del 23 aprile 1998 n. 138: «la pretesa che nel riconoscimento dell'attenuante debba aversi riguardo al pentimento del reo, desunto dal sacrificio patrimoniale a cui si sottopone personalmente come indice di diminuita capacità a delinquere, sospingerebbe l'obbligazione verso la finalità rieducatrice che è propria della pena. Ma non è questo il fine dell'obbligazione risarcitoria che incombe sull'autore del reato: nel sistema del codice penale tale obbligazione ha natura civilistica ed è dotata di una finalità di emenda non maggiore di quanta non ne possieda la generalità delle obbligazioni civili nascenti da fatto illecito».

La Corte nella sentenza citata riconobbe pertanto una natura oggettiva all'attenuante, ammettendone l'applicabilità anche quando il ristoro della vittima fosse avvenuto ad opera della compagnia assicurativa dell'imputato. In realtà, nonostante la Corte incentri la *ratio* della circostanza sul ristoro della vittima, tale istituto è da espungere dal novero di quelli compatibili con i fini della Giustizia riparativa proprio perché nella sua economia il ruolo della persona offesa è del tutto irrilevante.

Un'analisi della potenzialità politico – criminale del risarcimento del danno come vettore di Giustizia riparativa è, d'altronde, oggi quanto mai attuale, dal momento che le stesse paratie normative tra illecito penale ed illecito civile sembrano assottigliarsi e confondersi sia dal punto di vista strutturale che funzionale³⁴³, tant'è che non manca chi ritiene che una siffatta distinzione tra le due categorie sia ormai soltanto legale ed estrinseca, legata alla forma della *sanctio juris*³⁴⁴.

Per quanto concerne il risarcimento del danno, al di là degli istituti penalistici relativi al bisogno di pena cui è tradizionalmente correlato, da tempo si discute circa una sua funzionalizzazione ad istanze di politica criminale in veste di vera e propria pena. Ed è quest'aspetto che, conferendo al risarcimento dignità di reazione statale autonoma rispetto all'illecito, merita una particolare attenzione in un'ottica orientata ai fini della Giustizia riparativa.

Il tema del risarcimento come sanzione autonoma, ereditato dalle codificazioni preunitarie come quella del Granducato di Toscana, fu precipuamente caro alla Scuola Positiva, che nell'ambito dei cosiddetti sostitutivi penali elaborò la teoria della funzione pubblica del risarcimento, concepito non solo nell'interesse della parte lesa ma anche come strumento per attenuare l'allarme sociale. Come scriveva Garofalo³⁴⁵, «In cambio di esigere lo strazio del reo e la sua lunga prigionia, l'offeso esigerà una riparazione pecuniaria, purché questa non sia un'irrisione, purché siano larghi i criteri della valutazione, purché il potere sociale non si limiti a dargli un diritto ma agisca energicamente, purché il reo non si possa sottrarre all'obbligo impostogli».

³⁴³ FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 854. Per la dottrina civilistica cfr. LIPARI N., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 196 ss.

³⁴⁴ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 15.

³⁴⁵ GAROFALO R., *Riparazione alle vittime del delitto*, Torino, 1887, 4.

L'eco di tale teoria fu ben presente nel Progetto Ferri del 1921 e nel codice processuale penale del 1913, in cui non casualmente era previsto che il giudice condannasse l'imputato al risarcimento del danno a favore del danneggiato pur se non costituito parte civile.

Lo stesso Carnelutti³⁴⁶, partendo dal postulato secondo cui ogni reato in quanto atto illecito include anche un danno, riteneva che il risarcimento avesse un'inaspettata efficacia intimidatrice. Antolisei, partendo da una concezione opposta, di strutturale distinzione tra danno risarcibile e offesa, sottolineava ugualmente la "funzione sociale" del risarcimento del danno che, onerando il danneggiante, risultava capace di prevenire l'offesa in quei reati in cui questa usualmente coincide con le conseguenze dannose arrecate al danneggiato, come nei reati meramente patrimoniali³⁴⁷.

In tempi più recenti il dibattito sembra aver ripreso nuovamente vigore, se si pensa che nel Progetto Pagliaro del 1992 riecheggiasse quanto previsto dal codice di procedura penale del 1913: l'art. 51 del Progetto, infatti, prevedeva che in caso di condanna il giudice dovesse disporre il risarcimento e le restituzioni anche in assenza di costituzione di parte civile, quantificando, seppure parzialmente, la somma³⁴⁸.

Ma ancora oggi parte della dottrina civilistica³⁴⁹ e penalistica³⁵⁰ sottolinea la vocazione punitiva del risarcimento del danno, soprattutto di quello non patrimoniale, stante la sua funzione compensativa del patimento subito e non reintegrativa di un corrispettivo perduto.

La natura punitiva del danno non patrimoniale trapelerebbe chiaramente nella disciplina normativa dell'istituto, come si desume dalla (originaria) tipicità legale *ex art.* 2059 c.c., ormai stemperata dall'interpretazione evolutiva e costituzionalmente orientata della giurisprudenza civile, e dalla liquidazione necessariamente equitativa da parte del giudice, stante l'assenza di un parametro economico di riferimento. La stessa giurisprudenza della Cassazione civile³⁵¹, in numerose pronunce sebbene contrapposte ad un orientamento maggioritario di retroguardia³⁵², sembra

³⁴⁶ CARNELUTTI F., *Il danno e il reato*, Padova, 1930, 35 ss.

³⁴⁷ ANTOLISEI F., *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, 148 ss.

³⁴⁸ PAGLIARO A., *Tutela della vittima*, cit., 56.

³⁴⁹ GAZZONI F., *Manuale di Diritto privato*, XVI ed., Napoli, 2013, 743.

³⁵⁰ PAGLIARO A., *Tutela della vittima*, cit., 56; FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 214 ss.; RIZZO A., *Il risarcimento del danno come possibile risposta penale?*, in *Dir. pen. Proc.*, 1997, 10, 1171 ss.

³⁵¹ Cfr. Cass. civ., sez. II, 17 ottobre 1995, n. 10837; Cass. civ., sez. II, 21 aprile 2008, n. 10329 e da ultimo Cass. civ., sez. II, 16 gennaio 2014, n. 820 in relazione all'art. 70 disp. att. c.c.; cfr. Cass. civ., sez. III, 26 giugno 2007, n. 14761 e sentenze ivi riportate; Cass. civ., sez. III, 7 novembre 2000, n. 14485 in relazione all'art. 12 l. 8 febbraio 1948; Cass. civ., sez. VI, 18 aprile 2014, n. 9035 e Cass. civ., sez. I, 30 luglio 2010, n. 17902 in relazione all'art. 96 co. 3 c.p.c., su cui anche la Corte cost., sent. 1 giugno 2016, n. 152 si è espressa sulla natura non risarcitoria (o, comunque, non esclusivamente tale) e, più propriamente, sanzionatoria e indennitaria, con finalità deflative; per maggiori approfondimenti cfr. MASIERI C., *Decriminalizzazione e ricorso alla "sanzione pecuniaria civile"*, in *diritto penale contemporaneo*, 1 aprile 2015.

³⁵² Cfr., Cass. civ., Sez. un., sent. n. 15350 del 22 luglio 2015; Cass. civ., 8 febbraio 2012, n. 1781; Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183.

ammettere una funzione punitiva del risarcimento del danno almeno nei casi in cui ci sia una norma di legge che lo conformi in tal senso, in omaggio al principio sancito dall'art. 25 co. 2 Cost.³⁵³

Anche in una prospettiva di diritto comparato il risarcimento del danno presenta talvolta forti coloriture sanzionatorie, come si evince nell'istituto di matrice anglosassone del *compensation order*³⁵⁴, mediante il quale il giudice penale ordina al condannato di risarcire le perdite patrimoniali e non patrimoniali subite dalla persona offesa a prescindere da un *claim for damage* davanti al tribunale civile. Nel Regno Unito la *section 67* del *Criminal Justice Act* del 1982 ha altresì previsto che il giudice, valutata l'inadeguatezza finanziaria del condannato, possa dichiarare la prevalenza del *compensation order* sulla sanzione pecuniaria altrimenti irrogabile: questo elemento sembra un significativo indice nella direzione di una finalità politico - criminale del *compensation order*, quanto meno per la criminalità bagatellare³⁵⁵.

È pur vero che secondo alcuni il risarcimento del danno, ove fosse utilizzato nel sistema sanzionatorio, comprometterebbe la funzione specialpreventiva e generalpreventiva della pena, perché il reo non avrebbe nulla da perdere a causa della sua condotta, dovendo limitarsi a risarcire il danno e/o restituire il maltolto, e di conseguenza i consociati nutrirebbero una diffusa percezione di impunità.

Tuttavia, ciò non sembra indebolire l'ipotesi di valorizzare il risarcimento del danno come soluzione riparativa almeno per alcuni reati meno gravi³⁵⁶ offensivi di beni strettamente personali³⁵⁷, per i quali la mera *restitutio in integrum* delle conseguenze dannose può essere considerata una reazione giusta e proporzionata. Tuttavia in questi casi la composizione privatistica ed autonoma del conflitto che ne deriva dovrebbe indurre a suggerire l'esclusione dell'intervento punitivo attraverso una strategia di depenalizzazione praticabile ed auspicabile³⁵⁸, nei limiti della ragionevolezza e del bilanciamento con gli altri interessi in conflitto.

Sebbene occorra comunque evitare un'eccessiva abdicazione dello Stato al suo ruolo di risolutore dei conflitti sociali, una siffatta strategia di depenalizzazione contribuirebbe a disinnescare il rischio, geneticamente connesso alle forme di Giustizia riparativa, del cosiddetto *net - widening effect*, ovverossia dell'estensione, quantitativa e qualitativa, del controllo formale – in questo caso penale - a fatti altrimenti irrilevanti, attraverso strutture asseritamente *soft* che comunque limitano la libertà del singolo³⁵⁹.

³⁵³ Cass. civ., Sez. Un., sent. n. 9100 del 6 maggio 2015.

³⁵⁴ FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 854; RIZZO A., *Il risarcimento del danno come possibile risposta penale?*, cit., 1172.

³⁵⁵ RIZZO A., *ibidem*.

³⁵⁶ ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 5 ss.

³⁵⁷ MANNA A., *Il risarcimento del danno tra diritto civile e diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1991, 591 ss.

³⁵⁸ MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 259 ss.

³⁵⁹ RIZZO A., *Il risarcimento del danno come possibile risposta penale?*, cit., 1172.

Una prospettiva di depenalizzazione a favore del diritto civile, funzionale in un'ottica di *extrema ratio* e capace di scongiurare il rischio del *net – widening effect*, tuttavia non attiene *stricto sensu* al tema in oggetto, rappresentato dalla potenzialità politico - criminale del risarcimento del danno come vera e propria sanzione all'interno di un sistema penale orientato a finalità riparative. Probabilmente è condivisibile ritenere che il risarcimento, se conserva la sua prevalente funzione compensatoria, non può assurgere a sanzione, ancorché riparativa, per quei fatti per i quali la mera *restitutio in integrum* non appare una risposta sufficiente alle esigenze specialpreventive e generalpreventive.

Da questo punto di vista, infatti, seppure si vogliano ritenere non vulnerate le esigenze di generalprevenzione positiva nel caso in cui un fatto astrattamente integrante un reato non sia punito ma dia vita solo ad un risarcimento del danno, perché il principio di sussidiarietà esige applicazione non solo nel momento in cui è emanata la norma penale, pur ritenuta necessaria, ma anche nella valutazione in concreto circa la punibilità del singolo caso³⁶⁰, la componente specialpreventiva viene indubbiamente compromessa dalla previsione di un mero obbligo di risarcimento come unica risposta al fenomeno delittuoso (obbligo risarcitorio che, d'altronde, deriverebbe già dalle rispettive norme civilistiche violate).

Tuttavia, queste riflessioni non sembrano operare in senso completamente preclusivo all'operatività del risarcimento del danno come sanzione penale autonoma di impianto *lato sensu* riparativo. Se infatti, in piena sintonia con i recenti orientamenti legislativi e giurisprudenziali, il risarcimento si colora di afflittività, slegandosi dalla prova di un concreto pregiudizio e collegandosi ad altri parametri di valutazione, come quello della retroversione degli utili ricavati dal reato, esso assume i caratteri di una vera e propria sanzione, per giunta congeniale in un sistema che raccolga tra i suoi fini non solo l'aspetto generalpreventivo positivo, ma altresì quello specialpreventivo positivo.

Infatti un risarcimento del danno non limitato ad una funzione compensativa ma connotato da un tasso di afflittività si rivela uno strumento soddisfacente per la vittima e specialpreventivo per il reo, che non si porrebbe nell'atteggiamento di chi "ha tutto da guadagnare e nulla da perdere".

Altresì dal punto di vista generalpreventivo positivo i consociati non riceverebbe un messaggio di surrettizia impunità, bensì di una risposta sanzionatoria avvertita come meno desocializzante e più efficace, perché socialmente costruttiva. Si tratterebbe di una pena il cui connotato di afflittività non è fine a se stesso ma è strumentale al raggiungimento di uno scopo riparativo.³⁶¹

La siffatta valorizzazione di una funzione sanzionatoria del risarcimento del danno, dunque, conferma e non smentisce la sua conformità alle finalità specialpreventive e generalpreventive

³⁶⁰ ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit. 19.

³⁶¹ DUFF A., *Restoration and Retribution*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, Von Hirsch A. - Roberts J. - Bottoms A. E. - Roach K. - Schiff M. (a cura di), Oxford e Portland, 2003, 53.

positive sottolineata dalla dottrina³⁶². D'altronde, alcune delle proposte operative più celebri sembrano implicitamente confermare quanto appena asserito.

La proposta di legge contro il furto nei grandi magazzini del 1974, elaborato in Germania nell'ambito dell'*Alternativ Entwurf*, ad esempio, proponeva sì una soluzione civilistica in senso stretto, di vaga reminiscenza romanistica, ma senza rinunciare ad una componente afflittiva e preventiva: secondo la suddetta proposta, infatti, il reo doveva pagare una somma di denaro pari al doppio dell'importo dovuto, oltre alla restituzione e l'eventuale risarcimento del danno³⁶³.

Inoltre, la valorizzazione ultracompensatoria del risarcimento del danno non preluderebbe ad una sorta di reprivatizzazione del diritto penale, perché la funzione afflittiva dello strumento ne giustificerebbe pienamente la permanenza all'interno di un sistema penale rifondato in chiave riparativa. Tale permanenza potrebbe legittimare e comportare, se necessario, il possibile rilievo di meri sforzi risarcitori seriamente intrapresi ma non efficaci, proporzionati alla capacità patrimoniale dell'obbligato, e la possibile inclusione di riparazioni simboliche o vicarie come il lavoro a favore della comunità. Tali attività, per la preponderante ingerenza nella sfera dei diritti fondamentali del reo, giustificano le garanzie tipiche del sistema penale e connoterebbero il risarcimento del danno come rimedio specialpreventivo incidente sulla capacità a delinquere del reo³⁶⁴. Per usare le parole di Claus Roxin, con un istituto configurato in tal modo «potrebbe imporsi talora qualcosa di meno e talora qualcosa di più rispetto a quanto corrisponda alla responsabilità civile»³⁶⁵.

Tali garanzie risultano altresì necessarie se si vuole scongiurare il rischio di *bifurcation* connesso alla valorizzazione del risarcimento del danno, ovverosia che il sistema di giustizia diventi ancor più iniquamente selettivo di quanto non sia già di fatto, presentandosi severo e punitivo nei confronti delle classi sociali meno abbienti ed indulgenzialista nei confronti delle altre³⁶⁶.

Tuttavia, una volta ammesso che il risarcimento ultracompensatorio possa assurgere al rango di pena, occorre valutare se la funzione cui essa si presta sia compatibile con un assetto costituzionale improntato all'integrazione sociale, di cui la Giustizia riparativa rappresenta una prospettiva concreta. Come è stato già segnalato, infatti, la struttura privatistica non necessariamente coincide con una maggiore conformità con l'ideale di Giustizia riparativa, a testimonianza di come forma e sostanza siano in questo caso concetti assolutamente separati.

³⁶² ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 20.

³⁶³ MANNA A., *Il risarcimento del danno*, cit., 600; MOCCIA S., *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Napoli, 1988, 96.

³⁶⁴ MEZZETTI E., *Nuove tecniche del legislatore*, cit., 3094 ss.

³⁶⁵ ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 13.

³⁶⁶ RIZZO A., *Il risarcimento del danno come possibile risposta penale?*, cit., 1172.

Il risarcimento ultracompensatorio così delineato si avvicina alla figura delle pene private³⁶⁷, le quali, poste a tutela di interessi privati, ridondano a vantaggio del privato ed in ciò trovano il loro tratto distintivo dalla pena pecuniaria e dalla sanzione amministrativa.

La pena privata, intesa nel senso di sanzione civile punitiva³⁶⁸, è generalmente applicata dal giudice su iniziativa della parte danneggiata o esposta a pericolo ma, come è stato sottolineato³⁶⁹, è contrassegnata prevalentemente da finalità repressive e preventive e non riparatorie. La funzione della pena privata che desta l'interesse del penalista, infatti, si estrinseca quando l'autore del reato non viene distolto dal commettere nuovi reati attraverso l'adempimento dell'obbligazione risarcitoria, o perché il danno non è suscettibile di equivalenza monetaria o perché la misura del risarcimento, ancora al danno prodotto, è inferiore al profitto atteso.

Quanto detto sembrerebbe rendere le pene private uno strumento indubbiamente utilizzabile in un'ottica di sussidiarietà e di prevenzione differenziata, ma non in un'ottica di Giustizia riparativa. Alcuni autori, infatti, hanno evidenziato come il risarcimento del danno, anche nella sua veste ultracompensatoria, estrometta quella componente pubblicistica della gestione del conflitto che pure si è visto essere saliente all'interno del concetto di Giustizia riparativa, dal momento che il risarcimento del danno non include alcune componenti immateriali della riparazione³⁷⁰. Infine, lo stesso ruolo della vittima, similmente a quanto sottolineato - *mutatis mutandis* - dalla Corte costituzionale 138 del 1998, solo ad un'analisi superficiale sembra maggiormente attivo ma rischia di dare la stura ad un'eccessiva patrimonializzazione della vicenda, che depotenzia il profilo dell'effettivo riavvicinamento dei soggetti³⁷¹.

Probabilmente tutte le osservazioni sopra enunciate colgono nel segno: il risarcimento del danno, pur nella sua veste ultracompensatoria, non è un istituto "puro" di Giustizia riparativa.

Tuttavia, in un'ottica pragmatica e realistica che non condanni la Giustizia riparativa ai margini del sistema non sembra da escludere, per così dire, la "riparatività latente" di una sanzione riparativa di tal genere almeno per i casi in cui il conflitto sotteso al reato è lieve oppure l'offesa è blanda.

Infatti l'interazione che comunque viene a crearsi tra autore e vittima del reato, il carattere di responsabilità attiva cui il risarcimento è connesso e la percezione di concreta reazione e risoluzione

³⁶⁷ BRICOLA F., *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, in *Foro it.*, 108, 1, 1985, 1 ss.; cfr., sebbene in termini non esattamente sovrapponibili, FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 333, a proposito del concetto di riparazione nella *Wiedergutmachung* come concetto più ampio del risarcimento del danno civilistico.

³⁶⁸ GALGANO F., *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contratto e impresa*, 1987, 532.

³⁶⁹ BRICOLA F., *op. ult. cit.*, 3.

³⁷⁰ REGGIO F., *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, Milano, 2010, 23.

³⁷¹ Cfr. FORNASARI G., *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, in *Verso una giustizia penale "conciliativa": il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, L. Picotti - G. Spangher (a cura di), Milano, 2002, 73 a proposito della *Wiedergutmachung* di estrazione tedesca ridotta nella prassi a mero risarcimento del danno; FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 290.

del conflitto da parte dei consociati dovrebbe indurre a ritenere tale strumento come dotato comunque di un maggiore tasso di “riparatività” rispetto agli istituti del sistema sanzionatorio odierno.

Ciò non vuol dire che il risarcimento, ancorché ultracompensatorio, se inserito nel sistema penale possa da solo bastare ad orientare quest’ultimo ad un ideale riparativo. Quanto finora detto dovrebbe, tuttavia, indurre ad una maggiore valorizzazione di questo strumento, non solo in chiave di depenalizzazione laddove ciò sia opportuno, ma anche all’interno del sistema penale in una strategia combinata con ulteriori risposte sanzionatorie, maggiormente incisive dal punto di vista del coinvolgimento delle parti.

2.6. Le nuove sanzioni civili introdotte dal d. lgs. 7 del 2016: un’occasione persa?

Una simile prospettiva di *second best* rispetto all’ideale di Giustizia riparativa non sembra, al contrario, assolutamente praticabile in rapporto alle nuove forme di sanzioni civili introdotte di recente dal legislatore.

Il legislatore, con quella che forse con troppo zelo è stata definita una “riforma storica”³⁷², sembra aver concretizzato le proposte avanzate da lungo tempo in dottrina circa una maggiore sinergia tra diritto penale e diritto civile nelle strategie di depenalizzazione. Con il decreto legislativo n. 7 del 2016, di attuazione della delega per la riforma del sistema sanzionatorio contenuta nell’art. 2 della l. n. 67 del 2014, il legislatore delegato, con il chiaro obiettivo di “decongestionare” il sistema sanzionatorio penale nel rispetto dei principi di frammentarietà, offensività e sussidiarietà della sanzione criminale, ha abrogato una serie di reati introducendo contestualmente, nell’art. 4 del d.lgs. n. 7 del 2016, illeciti “puniti” con sanzioni pecuniarie civili.

Tali sanzioni sono connotate da un palese carattere afflittivo e ultracompensativo³⁷³, dal momento che accompagnano le restituzioni ed il risarcimento del danno secondo le leggi civili quale «ulteriore e innovativo strumento di prevenzione dell’illecito»³⁷⁴ con cui il legislatore ha voluto «riconsiderare il ruolo tradizionalmente compensativo attribuito alla responsabilità civile»³⁷⁵. Ciò emerge chiaramente altresì dalla relazione di accompagnamento del disegno di legge S. 110 della XVII Legislatura, che ha rappresentato la base per l’adozione dell’art. 2, co. 3 legge n. 67/2014.

³⁷² GATTA G., *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili, una riforma storica*, in *diritto penale contemporaneo*, 25 gennaio 2016.

³⁷³ GARGANI A., *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di ‘riforma della disciplina sanzionatoria’*, in *www.la-legislazione-penale.eu*, 2015, 1 ss.

³⁷⁴ Cass. pen., Sez. un., sent. n. 46688 del 7 novembre 2016, p. 10, 6.1.

³⁷⁵ *Ibidem*.

In tale relazione le così definite “sanzioni pecuniarie civili” vengono ricondotte al concetto di pena privata, e si afferma che «mentre il risarcimento ha una funzione riparatoria, la pena privata ha una funzione sanzionatoria e preventiva e si giustifica allorché l’illecito, oltre a determinare un danno patrimoniale, consente di ottenere un arricchimento ingiustificato. In tali casi, se il legislatore si limitasse all’eliminazione dell’illiceità penale, gli autori – a prescindere dal risarcimento dovuto alla persona danneggiata – si gioverebbero del vantaggio patrimoniale provocato dal fatto illecito»³⁷⁶.

L’analogia funzionale rispetto alla pena pubblica e il ruolo aggiuntivo e accessorio rispetto al risarcimento del danno sono caratteri confermati dai principi e criteri direttivi previsti per la commisurazione della sanzioni pecuniarie civili, i quali impongono che le stesse siano “proporzionate” (non già all’entità del danno inferto, bensì) «alla gravità della violazione, alla reiterazione dell’illecito, all’arricchimento del soggetto responsabile, all’opera svolta dall’agente per l’eliminazione o attenuazione delle sue conseguenze nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche»³⁷⁷.

Per una parte della dottrina³⁷⁸ tali sanzioni civili rappresenterebbero il definitivo ingresso dei *punitive damages* all’interno del nostro sistema ordinamentale. Come è noto, «i *punitive damages*, in aggiunta ai *compensatory damages*, sono concessi per punire il convenuto (il soggetto danneggiante) per aver commesso, in una posizione soggettiva che potrebbe essere definita di mala fede, un fatto particolarmente grave e riprovevole (nella quasi generalità dei casi si tratta di un *tort*), con una conseguente funzione di *deterrence* di un’azione dello stesso tipo»³⁷⁹.

Tali danni punitivi, solo approssimativamente sovrapponibili al concetto prima delineato di pena privata, vengono usualmente accordati sul presupposto della commissione di illeciti civili sorretti da un particolare ed intenso elemento soggettivo³⁸⁰ e sono funzionali ad uno scopo deterrente, sulla base della teoria della retroversione degli utili.

In realtà le sanzioni civili introdotte dal legislatore non sembrano affatto coincidere con l’istituto dei danni punitivi i quali, alla luce di quanto sopra sostenuto circa il risarcimento ultracompensatorio, potrebbero forse assurgere ad istituto para-riparativo.

L’elemento ostativo rispetto a tale possibilità è rappresentato dalla completa estromissione della persona offesa: tanto i *punitive damages* di stampo anglosassone, quanto un risarcimento ultracompensativo che si voglia presentare come scelta di *second best* in un sistema riparativo

³⁷⁶ Cfr. Relazione al d.d.l. S. 110 della XVII Legislatura, che unitamente al d.d.l. citato è disponibile *online* su <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00698853.pdf>.

³⁷⁷ GARGANI A., *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi*, cit., 14.

³⁷⁸ MASIERI C., *Decriminalizzazione e ricorso alla “sanzione pecuniaria civile”*, cit., 8.

³⁷⁹ PONZANELLI G., *I punitive damages nell’esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 483.

³⁸⁰ PONZANELLI G., *I punitive damages*, cit., 446 - 447.

considerano la persona offesa come la naturale destinataria dell'esborso economico del reo. Ed in tale destinazione – se del caso, accompagnata altresì dall'iniziativa della persona offesa per quanto concerne l'applicazione dell'istituto – si concentra l'elemento riparativo da incentivare e preservare, altresì come strumento per convogliare una reale riconciliazione tra le parti.

Le sanzioni civili previste dal d. lgs. 7 del 2016 sono invece destinate, al pari delle sanzioni amministrative, all'Erario. La scelta della destinazione pubblicistica dei proventi delle sanzioni non era imposta dalla legge delega, ma è stata adottata sulla base delle indicazioni provenienti dalla Commissione Palazzo, in ragione della funzione general-preventiva ed ultracompensativa della sanzione pecuniaria civile³⁸¹ e, soprattutto, per motivi di opportunità politica.

La Commissione, infatti, non mancò di notare che dal punto di vista della coerenza dogmatica a beneficiare della sanzione civile dovrebbe essere il privato, al fine anche di non introdurre una punizione solo formalmente civile, ma in sostanza assimilabile alla sanzione amministrativa. Tuttavia è prevalsa l'esigenza di non ingolfare il contenzioso civile attraverso la ventilata ipotesi di arricchimento a favore dell'offeso³⁸².

La totale estromissione della persona offesa è confermata dall'automatismo cui è connesso il procedimento sanzionatorio di cui al d. lgs. 7 del 2016: la pretesa punitiva dello Stato ha come "condizione di procedibilità" la presentazione di una domanda giudiziale di risarcimento del danno ma per il resto l'applicazione della sanzione civile è completamente sottratta alla disponibilità della parte privata.

Al netto delle numerose criticità che tali sanzioni civili presentano³⁸³, esse si pongono quale nuovo modello ibrido con cui gli interpreti³⁸⁴ dovranno confrontarsi, probabilmente più a livello teorico che pratico: l'estromissione della persona offesa ha come ulteriore conseguenza quella di rendere l'istituto molto poco appetibile oltre che addirittura oneroso per quest'ultima³⁸⁵.

L'istituto corrisponde, dunque, ad una direttrice politico-punitiva completamente diversa da quella della Giustizia riparativa. Si tratta della "scommessa" su un esito deflattivo offerta dalla crescente considerazione riservata dal legislatore alla sinergia tra diritto penale e diritto civile; tuttavia, ancora

³⁸¹ GARGANI A., *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi*, cit., 14.

³⁸² PALAZZO F., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1705.

³⁸³ GARGANI A., *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi*, cit., 20 ss.; MASIERI C., *Decriminalizzazione e ricorso alla "sanzione pecuniaria civile"*, cit., 8 ss.

³⁸⁴ PADOVANI T., *Procedibilità e applicazioni, le differenze più nette*, in *Guida al diritto*, 2016, 8, 77 ss.

³⁸⁵ L'onerosità e la completa pretermissione delle esigenze della vittima sono altresì confermata dai primissimi arresti giurisprudenziali: cfr. Cass. Pen., Sez. un., sent. 7 novembre 2016, n. 46688 che ha stabilito che in caso di sentenza di condanna relativa a un reato successivamente abrogato e qualificato come illecito civile, sottoposto a sanzione pecuniaria civile, il giudice della impugnazione, nel dichiarare che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, deve revocare anche i capi della sentenza che concernono gli interessi civili.

una volta, le sanzioni pecuniarie civili dimostrano come una veste privatistica o paraprivatistica non necessariamente coincide con una maggiore funzionalità riparativa.

2.7. La riparazione delle conseguenze dannose o pericolose in un'ottica teleologicamente orientata ai fini della Giustizia riparativa

Nonostante l'istituto della riparazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato abbia alle spalle un'elaborazione dommatica ben più scarna di quella relativa al risarcimento del danno, le sue potenzialità in un'ottica riparativa sembrano maggiormente evidenti e rappresentano uno degli aspetti più dinamici dell'attuale evoluzione politico - criminale³⁸⁶. In via di prima approssimazione, come è stato già anticipato, mentre il risarcimento si innesta su un concetto di danno sostanzialmente civilistico, la riparazione ha come riferimenti il cosiddetto danno sociale³⁸⁷ e il danno criminale, vale a dire l'offesa al bene giuridico³⁸⁸. Ne deriva che la riparazione non si fonda su una relazione di precisa equivalenza tipica della *restitutio in integrum* che, se già assume le sembianze di una *fiction juris* nel caso del danno civilistico, risulta del tutto impropria in relazione alle conseguenze dannose o pericolose di un fatto costituente reato.

La riparazione può consistere in una vera neutralizzazione del danno criminale o del pericolo, ovvero in una prestazione riparatoria "sostitutiva" o integrativa a favore della reale vittima o di una vittima "simbolica", per lo più rappresentata da un'istituzione o dalla collettività: ferme restando le interferenze con il concetto di risarcimento insite nella seconda alternativa, in ogni caso si tratta sempre di una pena agita³⁸⁹, cioè di un comportamento *post delictum* tendenzialmente uguale e contrario rispetto alla condotta illecita produttiva dell'offesa, in piena conformità con l'orientamento favorevole alle cosiddette misure socialmente costruttive³⁹⁰, dotate della forza dinamica e promozionale tipica delle sanzioni positive.

A differenza di quanto registrato in relazione al risarcimento del danno, la riparazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato in sé non è mai stata tradizionalmente catalogata nel novero delle pene, sebbene non sia strutturalmente incompatibile con il concetto stesso di pena, dal momento che consiste in un obbligo coercibile, al pari di quello risarcitorio³⁹¹. La stessa misura proposta dall'*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* qualifica quest'ultima come *dritte Spur*,

³⁸⁶ MURRO O., *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, 2016, Milano, 3 ss.

³⁸⁷ FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 281 ss.

³⁸⁸ Ciò comporta la possibilità di una riparazione anche dei reati di pericolo, cfr. FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 85 ss.

³⁸⁹ DONINI M., *Il delitto riparato*, cit., 148 ss.

³⁹⁰ ROXIN C., *Ha un futuro il diritto penale?*, in *Crit. Dir.*, 1998, 240 ss.

³⁹¹ CORDERO F., *Procedura Penale*, Milano, 2012, 243 ss.

alternativa alla pena e alla misura di sicurezza: tuttavia, essa nei fatti realizza un'ipotesi di *absehen von Strafe* nei confronti del reo che abbia riparato le conseguenze del fatto proprio³⁹².

Anche il codice Rocco conosce la riparazione delle conseguenze dannose o pericolose come circostanza attenuante comune nell'ambito del cosiddetto ravvedimento operoso ai sensi dell'art. 62 n. 6 secondo periodo c.p. Secondo la dottrina³⁹³, infatti, tale inciso normativo riguarda le conseguenze attinenti al cosiddetto danno criminale, consistente nella lesione o nel pericolo di lesione del bene giuridico tutelato, che il soggetto spontaneamente si adopera ad attenuare o elidere. Che si tratti di un istituto diverso dal mero risarcimento del danno contemplato dalla prima parte del n. 6 lo si evince dal requisito della spontaneità della condotta dell'agente³⁹⁴ nonché dal mancato riferimento all'integralità, che in relazione alla riparazione delle conseguenze dannose o pericolose viene sostituito dal connotato di efficacia, giacché la riparazione deve essere dunque effettuata con serietà e con mezzi idonei quanto meno ad attenuare le conseguenze del reato³⁹⁵.

La norma codicistica ha rappresentato, poi, un modello per il legislatore, che ha corredato la legislazione di parte speciale di numerosissime ipotesi di ravvedimento operoso basate, tra l'altro, anche sulla riparazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, in quanto inserita in un contesto *post delictum* e compendiante una "controcondotta" che neutralizza l'offesa al bene giuridico di riferimento. È palese il riferimento alla riduzione fissa prevista per il concorrente che si dissocia e si adopera in modo che il soggetto riacquisti la libertà, nel delitto di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione (art.289 *bis* comma 4 c.p.).

Latamente ispirato al ravvedimento attivo, anche l'art. 385, ultimo comma, c.p., a norma del quale «Quando l'evaso si costituisce in carcere prima della condanna, la pena è diminuita», e il comma 4 n. 2 del successivo articolo 386 c.p. che prevede che la pena sia diminuita «se il colpevole, nel termine di tre mesi dall'evasione, procura la cattura della persona evasa o la presentazione di lei all'Autorità». Più di recente, appare significativo che la legge 22 maggio 2015, n. 68, introducendo all'interno del codice i nuovi delitti contro l'ambiente, abbia introdotto all'art. 452 *quinquies* c.p. un'attenuante ad effetto speciale per l'autore che, tra l'altro, provvede concretamente alla messa in sicurezza, alla bonifica e, ove possibile, al ripristino dello stato dei luoghi, nonché un ordine di ripristino del giudice nel caso di condanna *ex art. 452 duodecies*³⁹⁶.

³⁹² FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 328.

³⁹³ FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 396; FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 246.

³⁹⁴ COZZOLINO L., *Ravvedimento operoso e circostanza attenuante della riparazione del danno*, cit., sottolinea come il requisito della spontaneità dell'adempimento orienti l'interprete verso la natura soggettiva dell'attenuante.

³⁹⁵ MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 418.

³⁹⁶ RUGA RIVA C., *I nuovi ecoreati*, *Commento alla legge 22 maggio 2015, N. 68*, Torino, 2015, 55 ss.

Non mancano, inoltre, casi in cui la riparazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato è qualificata come prescrizione a corredo di determinati istituti del sistema sanzionatorio³⁹⁷, primo tra tutti la sospensione condizionale della pena, ma anche l'oblazione.

Altrettanto diffusamente, la riparazione trova la sua sede elettiva nell'ambito della diversa e più ampia categoria della "non punibilità"³⁹⁸, quale esito possibile in un sistema non più legato all'antico postulato reato - pena³⁹⁹, secondo un disegno di *extrema ratio* cd. secondaria, realizzata altresì all'interno della concreta applicazione delle norme penali⁴⁰⁰. Sia sufficiente a tal fine il riferimento alla ritrattazione di cui all'art. 376 c.p. Ad analoga *ratio* è ispirato anche l'art. 387 comma 2 c.p., che prevede una causa di non punibilità per il custode, responsabile di procurata evasione, che abbia procurato la cattura della persona evasa o la sua presentazione all'autorità. Secondo parte della dottrina, la riparazione incentrata sulla non punibilità è una riparazione premiale e pertanto non coercibile, perché imperniata su un comportamento spontaneo, resipiscente e personale del reo⁴⁰¹.

Come è stato accortamente segnalato⁴⁰² la congerie eterogenea di ipotesi di non punibilità improntate sul concetto di riparazione premiale delle conseguenze dannose o pericolose del reato presenti nel sistema non è il frutto di un chiaro disegno di politica criminale sanzionatoria, ma si presenta come strumentale ad un insieme di politiche molto diverse, anche se tutte legate da un denominatore comune minimo di valenza "riparatoria".

Tuttavia, la polifunzionalità della riparazione, dimostrata dal brevissimo *excursus* finora esposto, non sempre coincide con i fini della giustizia riparativa⁴⁰³. La riparazione spesso persegue logiche puramente strumentali di collaborazione processuale⁴⁰⁴ e di mera deflazione⁴⁰⁵, di recupero economico di poste di bilancio, di ravvedimento condizionato a delazioni, di condotte di ripristino

³⁹⁷ FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 253 ss.

³⁹⁸ DONINI M., *Il delitto riparato*, cit., 148 ss.; MURRO O., *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, 2016, Milano, 3 ss.; FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 435 ss.

³⁹⁹ DI MARTINO A., *La sequenza infranta: profili della dissociazione tra reato e pena*, Pisa, 1998.

⁴⁰⁰ AMARELLI G., *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro*, Napoli, 2008, 12.

⁴⁰¹ MURRO O., *Riparazione del danno*, cit., 6.

⁴⁰² DONINI M., *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. II, a cura di D. Brunelli, Napoli, 2011, 889 ss., spec. 919 ss.

⁴⁰³ DONINI M., *Il delitto riparato*, cit., 148 ss.

⁴⁰⁴ Distingue la Giustizia riparativa dalle *Alternative dispute resolutions* MANNOZZI G., *La "visione" di Raffaello: giustizia, filosofia, poesia e teologia, Restorative Justice. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. MANNOZZI - G. A. LODIGIANI, Bologna, 2015, 232. Cfr., inoltre, MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 60 ss. Pur condividendo l'orizzonte concettuale latissimo della negozialità, la Giustizia riparativa ha caratteristiche del tutto diverse dal modello civilistico delle ADR, già in relazione alla tipologia dei conflitti cui essa può essere applicata, nonché in ragione della sua tendenziale autonomia dalle reciproche concessioni patrimoniali che caratterizzano i modelli conciliativo - transattivi.

⁴⁰⁵ MEZZETTI E., *Nuove tecniche del legislatore*, cit., 3094 ss.

di situazioni del tutto indipendenti da una vera vittima⁴⁰⁶. Se piegata a queste logiche la riparazione smarrisce il suo connotato di offerta risocializzante attraverso la tutela delle vittime e si riduce ad un rimedio pressoché automatico e non individualizzato, che la rende immune da un profilo di effettivo riavvicinamento dei soggetti coinvolti nel conflitto⁴⁰⁷.

Ciò nonostante la riparazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato strutturalmente non sembra affatto ostare ad una sua finalizzazione al perseguimento di un ideale riparativo, presentandosi piuttosto come un istituto dalla funzione mutevole e cangiante. In un sistema penale improntato ad un'ideale riparativo la riparazione delle conseguenze dannose o pericolose deve consistere in un'attività positiva a favore della vittima o a favore della collettività, nel segno della restaurazione dei beni e valori offesi.

Attraverso la riparazione il bene giuridico perde la sua tradizionale astrattezza concettuale ed acquista tangibilità, perché l'autore si trova di fronte alla materializzazione in forma empiricamente percepibile della violazione commessa, confrontandosi con le conseguenze del reato da lui commesso. Sono palesi le implicazioni specialpreventive e generalpreventive positive di una tale evenienza, perché l'autore si orienta "nei fatti", per così dire, in senso conforme all'ordinamento e nel contempo la collettività allenta il proprio allarme sociale di fronte ad una reazione percepita come giusta ed efficace. E tali implicazioni sembrano perfettamente in linea con le direttrici fondamentali in tema di Giustizia riparativa finora delineate.

Una rilettura ed una rifondazione della categoria della riparazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato come strumento di Giustizia riparativa appare dunque praticabile; tale operazione dovrebbe, tuttavia, incentrarsi su quelle ipotesi di riparazione che non si limitano a porsi come indici, per le più svariate ragioni, di un minore bisogno di specialprevenzione positiva nei confronti del reo, ma su quei comportamenti riparativi che agiscono all'interno di un'ottica dialogica con la vittima e con la comunità dei consociati⁴⁰⁸.

2.8. *Rischi e occasioni dei lavori di pubblica utilità.*

Ulteriori punti di contatto tra il diritto penale e il modello riparativo emergono nel lavoro di pubblica utilità, una sanzione sempre più diffusa nell'ordinamento italiano, su cui il legislatore investe in termini di recupero sociale, generalprevenzione positiva ed efficienza nel controllo

⁴⁰⁶ Cfr. PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze, "Premio" e "Corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1986, 398 ss.

⁴⁰⁷ Cfr. FORNASARI G., *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, in *Verso una giustizia penale "conciliativa": il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, L. Picotti - G. Spangher (a cura di), Milano, 2002, 73 a proposito della *Wiedergutmachung* di estrazione tedesca ridotta nella prassi a mero risarcimento del danno; FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 290.

⁴⁰⁸ AMARELLI G., *Le ipotesi estintive*, cit., 24; MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 316 ss.

penale, non da ultimo sotto forma di strumento di decarcerizzazione. Basti ricordare che nell'art. 1 comma 1, lett. i) ed l), l. n. 67/2014 il legislatore delegante aveva previsto l'introduzione del lavoro di pubblica utilità come generale sanzione sostitutiva delle pene detentive fino a cinque anni, sebbene la delega sia scaduta senza che il Governo vi abbia dato attuazione.

Il collegamento tra lavoro di pubblica utilità ed ideale riparativo è palese, tant'è che il primo è previsto come sanzione principale dall'art. 54 del d.lgs. 274 del 2000 nel sottosistema rappresentato dal processo penale davanti al giudice di pace, come è noto ispirato apertamente da una logica riparativa e conciliativa. D'altro canto è palese il ruolo di riparazione indiretta o simbolica verso la collettività che esso svolge quale sanzione "sostitutiva di tipo prescrittivo"⁴⁰⁹. La sua natura intrinsecamente egualitaria lo rende, inoltre, uno strumento funzionale a neutralizzare i rischi di una eccessiva pecuniarizzazione della reazione statuale, connessa ad un'accezione riduttiva del termine riparazione in senso eminentemente economicistico, coincidente con il risarcimento del danno, ovvero nei casi in cui la riparazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato risulti impossibile o inefficace dal punto di vista dell'integrazione sociale.

Infine, la necessità del consenso del reo - sia che lo si giustifichi in virtù delle norme internazionali che vietano il lavoro forzato, come l'art. 4 comma 2 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e gli artt. 1 e 2 della Convenzione sul lavoro forzato n. 29 del 1930 sia che lo si ritenga necessario in ragione dell'ideale rieducativo sotteso al trattamento⁴¹⁰ - appare ugualmente del tutto congeniale in una prospettiva responsabilizzante di giustizia riparativa.

D'altronde, anche in settori diversi dalla giustizia di prossimità il lavoro di pubblica utilità, quale istituto dogmaticamente «proteiforme»⁴¹¹, si è rivelato sul campo un esempio di ibridazione degli strumenti sanzionatori del diritto penale classico, che vengono resi meno afflittivi e valorizzati in senso riparativo pur nell'ambito della giustizia tradizionale.

Il lavoro di pubblica utilità è previsto come sanzione sostitutiva dall'art. 73, comma 5 *bis*, d.p.r. 9 ottobre 1990 (introdotto a suo tempo dall'art. 4 *bis*, lett. f), l. 21 febbraio 2006 n. 49 e, in ultimo, dopo la pronuncia della C. cost. 5 marzo 2014 n. 32, reintrodotta dalla l. 16 maggio 2014, n. 79, che ha convertito con modificazioni il d.l. 20 marzo 2014, n. 22). In tema di reati stradali è contemplato dagli artt. 186, comma 9 *bis*, e 187, comma 8 *bis*, del decreto legislativo n. 285 del 1992 (così come introdotti dall'art. 33 della L. 29 luglio 2010 n. 120); l'art. 165 c.p. lo menziona tra gli obblighi a

⁴⁰⁹ CAPRIOLI F., *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 7 ss.

⁴¹⁰ In tal senso LEONCINI I., *La pena del lavoro di pubblica utilità: problematiche applicative*, in *Arch. Giur.*, 2003, 395.

⁴¹¹ MATTEVI E. - MENGHINI A., *Recenti orientamenti sul lavoro di pubblica utilità*, note a margine dell'ordinanza del Tribunale di Palermo di data 3 agosto 2013, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28 marzo 2014, 2.

corredo della sospensione condizionale della pena e l'art. 105 della l. 689/1981 lo qualifica come sanzione applicabile in caso di conversione della pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità del condannato.

Il d.l. 122/1993 ha poi previsto all'art. 1 co. 1 *bis* la possibilità per il giudice di condannare al lavoro di pubblica utilità, quale pena accessoria, l'autore del delitto di costituzione di un'organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi *ex art.* 3 l. 654/1975 e di istigazione, tentativo, commissione o partecipazione a fatti di genocidio.

Il lavoro di pubblica utilità costituisce altresì il nucleo sanzionatorio indefettibile della sospensione del procedimento con messa alla prova per gli adulti *ex art.* 168 *bis* c.p., esprimendo la necessaria componente afflittiva, funzionale ad esigenze di generalprevenzione positiva che non tollerano la percezione di impunità da parte della collettività dinanzi a fattispecie penalmente rilevanti.

Il lavoro di pubblica utilità, dunque, rappresenta sicuramente una valida alternativa da esplorare in un sistema penale orientato alla riparazione. Tuttavia, occorre delineare il ricorso all'istituto in modo da non accentuare unicamente i suoi impliciti caratteri di "corrispettività" e afflittività, come sembra evidente in alcuni contesti ordinamentali in cui già nominalisticamente (es. *payback order*) il lavoro di pubblica utilità assume una tendenza retribuzionista anziché riparativa⁴¹². L'utilizzo di questa sanzione all'interno di un sistema penale orientato all'ideale riparativo va, pertanto, governato attraverso un'opportuna valorizzazione delle sue caratteristiche eminentemente riparative - prediligendo, ad esempio, le prestazioni che abbiano un contenuto in cui emerga la reintegrazione dell'offesa del bene - e comunitarie, annoverando tra i soggetti preposti allo svolgimento della misura non solo istituzioni pubbliche ma anche il terzo settore ed enti privati non lucrativi interessati al conflitto, se del caso altresì attraverso un ponderato coinvolgimento della persona offesa.

2.9. La Giustizia riparativa nel panorama delle fonti internazionali.

Da un punto di vista sovranazionale, gli eterogenei interessi che convogliano nel concetto di Giustizia riparativa hanno prodotto il proliferare di numerosi atti di *soft law*⁴¹³, adottati da diversi organismi sovranazionali, dal Consiglio d'Europa, dall'O.N.U., dall'Unione europea. D'altronde,

⁴¹² AA.VV., *Alternatives to imprisonment. Identificazione e scambio di buone prassi*, M. Tosi - E. Corbari - G. Sandri (a cura di), Mantova, 2016.

⁴¹³ MEZZETTI E., *op. cit.*, 3100. In relazione ai numerosi atti internazionali, cfr. BOVE V. - MUZZICA R., *La giustizia riparativa: uno strumento (anche) per il Tribunale ordinario di merito?*, in *Nuove esperienze di giustizia minorile e di comunità - Unico 2015*, A. Scalfati (a cura di), Roma, 2016, 41 ss., nonché MANNOZZI G., *Alla scoperta della Giustizia riparativa. Un'indagine multidisciplinare*, G. Mannozi - G. A. Lodigiani (a cura di), Bologna, 2015, 24 ss.

come è stato sottolineato, la Giustizia riparativa è un fenomeno intrinsecamente internazionale, per la sua connotazione tesa allo scambio culturale ed alla contaminazione tra teoria e prassi⁴¹⁴.

Tali atti internazionali sono prevalentemente basati sulla necessità di “tutelare gli interessi e le esigenze delle vittime del reato”⁴¹⁵ valorizzando gli strumenti che possano garantire la previsione di un risarcimento economico⁴¹⁶ o l’adozione, in tutte le fasi del procedimento penale, di sistemi di mediazione e di conciliazione⁴¹⁷. Non da ultimo, tali atti cercano di incentivare le necessarie misure per ridurre la vittimizzazione⁴¹⁸ nonché favorire la creazione di organismi nazionali per la promozione degli interessi delle vittime, lo sviluppo di adeguate politiche in loro favore e l’incoraggiamento di esperienze – su base nazionale o locale – di mediazione tra il delinquente e la vittima, valutando con particolare favore le misure in cui gli interessi di quest’ultima vengano salvaguardati⁴¹⁹ ed essa non sia colpevolizzata ma assistita e protetta⁴²⁰.

Anche nel contesto della cosiddetta “piccola Europa” l’enunciazione dei principi di Giustizia riparativa è stata veicolata prevalentemente dalla tendenza di *empowering* della posizione della vittima.

Emblematica in questo senso la Decisione quadro 2001/220/GAI del 15 marzo 2001 che definisce gli aspetti della mediazione in ambito penale. Con la menzionata Decisione quadro ciascuno Stato si impegna a definire servizi specializzati che rispondano ai bisogni della vittima in ogni fase del procedimento, adoperandosi affinché la stessa non abbia a subire pregiudizi ulteriori e inutili pressioni, ed affinché sia assicurata l’adeguata formazione professionale degli operatori, prevedendosi scadenze temporali vincolanti per le necessarie disposizioni attuative, di ordine legislativo, regolamentare ed amministrativo.

⁴¹⁴ ROBERTS P., *Restoration and Retribution in International Criminal Justice: an Exploratory Analysis*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, Von Hirsch A. - Roberts J. - Bottoms A. E. - Roach K. - Schiff M. (a cura di), Oxford e Portland, 2003, 115 ss.

⁴¹⁵ *Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa - Racc. n. R(83)7 del 23/06/1983*- Raccomandazione concernente la Partecipazione della società alla politica criminale. MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 12 ss., sottolineano che la tutela della vittima rappresenti uno dei poli di riferimento della normazione sovranazionale sul punto.

⁴¹⁶ *Consiglio d'Europa - ETS n. 116 del 24/11/1983* - Convenzione Europea sul risarcimento alla vittima di reati di violenza.

⁴¹⁷ *Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa - Racc. n. R(85)11 del 28/06/1985* - Raccomandazione concernente la Posizione delle vittime nell’ambito del diritto penale e della procedura penale.

⁴¹⁸ *Assemblea Generale delle Nazioni Unite - Risoluzione n. 40/34 del 29/11/1985* - Dichiarazione sui Principi fondamentali di giustizia in favore delle vittime della criminalità e delle vittime di abusi di potere.

⁴¹⁹ *Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa - Racc. n. R(87)21 del 17/11/1987* - Raccomandazione concernente l’assistenza alle vittime e la prevenzione della vittimizzazione.

⁴²⁰ *Economic and Social Council delle Nazioni Unite n. 1997/33 del 21/07/1997* - Risoluzione sugli "Elementi di una responsabile prevenzione della criminalità: standards e norme".

Tale decisione quadro è stata oggi sostituita dalla Direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012⁴²¹, con la quale sono state istituite norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione della vittima del reato, intesa in senso ampio, inclusivo oltre della persona fisica che abbia subito un pregiudizio fisico, mentale, emotivo o economico a causa di reato, anche dei familiari della persona la cui morte sia stata causata direttamente da un reato e che abbiano conseguentemente subito un pregiudizio.

Anche in questo caso viene sottolineata l'importanza di provvedere all'adeguata ed appropriata formazione degli operatori (funzionari di polizia, personale giudiziario, giudici, avvocati) e più in generale di coloro che forniscono servizi di assistenza e sostegno in favore delle vittime.

Tuttavia, rispetto alla decisione quadro la direttiva non contempla solo la mediazione come possibile forma alternativa alla pena, ma estende il proprio ambito anche ad altre forme di giustizia riparativa cui far ricorso nell'interesse della vittima, per salvaguardarne gli interessi e per consentire la riparazione del pregiudizio subito e la prevenzione di ulteriori danni, subordinando il ricorso a tali differenti percorsi al riconoscimento da parte dell'autore del reato dei fatti essenziali del caso⁴²².

In particolare gli atti internazionali in tema di Giustizia riparativa, almeno a partire dal 1997, intrecciano indissolubilmente le esigenze della tutela delle vittime al problema, molto sentito a livello internazionale, del sovraffollamento carcerario e del critico stato del sistema di giustizia penale, oltre che della difficoltà del lavoro degli operatori: in quest'ottica i principi della Giustizia riparativa hanno alimentato la discussione internazionale circa il ricorso a forme di pena non custodiali e, ove possibile, a soluzioni bonarie dei conflitti di minore gravità, attraverso strumenti del tutto alternativi alla pena. Indicativa, in questo senso, la risoluzione sulla "Cooperazione internazionale tesa alla riduzione del sovraffollamento delle prigioni ed alla promozione di pene alternative"⁴²³ in cui l'uso della mediazione, l'accettazione di forme di riparazione civilistiche o gli accordi di reintegrazione economica in favore della vittima con parte del reddito del reo o, ancora, la compensazione con lavori espletati dal reo in favore della vittima stessa vengono indicati quali possibili strumenti alternativi alla pena.

Ma altrettanto emblematica, perché ampiamente esplicativa dei possibili interventi di mediazione e di giustizia riparativa nell'ambito della giustizia penale, è la risoluzione n. 1999/26 del 28 luglio 1999 adottata dal Consiglio Economico e Sociale dell'O.N.U., nella quale viene riaffermato come la risoluzione di piccole dispute sfociate in reati può essere ricercata ricorrendo alla mediazione e ad

⁴²¹ FERRANTI D., *Strumenti di tutela processuale per la vittima del reato. Sguardo di insieme sulle recenti innovazioni alla luce dell'attuazione della direttiva 2012/29/UE*, in *diritto penale contemporaneo*, 29 gennaio 2016; DEL VECCHIO F., *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla direttiva 2012/29/UE*, in *diritto penale contemporaneo*, 11 aprile 2016.

⁴²² CONEGLIARO CIVELLO S., *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato. Una prima lettura della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio*, in *diritto penale contemporaneo*, 22 novembre 2012.

⁴²³ *Economic and social Council delle Nazioni Unite n. 1998/23 del 28/07/1998- Risoluzione sulla "Cooperazione internazionale tesa alla riduzione del sovraffollamento delle prigioni ed alla promozione di pene alternative"*.

altre forme di giustizia riparativa, ed in specie a misure che, sotto il controllo di un giudice o altra competente autorità, facilitino l'incontro tra il reo e la vittima, risarcendo i danni sofferti o espletando servizi /attività utili per la collettività⁴²⁴.

I menzionati atti internazionali ritengono tali forme di giustizia riparativa soddisfacenti per la vittima ed idonee a prevenire futuri comportamenti illeciti, e pertanto, una valida alternativa alla pena, soprattutto quella breve. Di qui e da un lato, l'invito rivolto agli Stati membri di considerare, nell'ambito dei rispettivi sistemi giuridici, lo sviluppo di procedure che siano alternative a procedimenti formali di giustizia penale e, dall'altro, di formulare politiche di mediazione e giustizia riparativa, nell'ottica di promuovere, anche mediante la formazione di chi dovrà attuarla, una cultura favorevole alla mediazione ed alla giustizia riparativa⁴²⁵.

Non diversamente, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, al fine di ridurre il sovraffollamento carcerario, individua tra le misure alternative alla detenzione anche la mediazione vittima – reo⁴²⁶ e lo svolgimento di attività di compensazione da parte del secondo in favore della prima⁴²⁷.

Nonostante la numerosa congerie di atti internazionali sul punto, questa non sembra apportare un contributo rilevante alla riflessione sulla Giustizia riparativa, che vada oltre la mera attestazione di un importante interesse internazionale circa la tematica.

Questo perché, in primo luogo, la maggior parte degli atti internazionali in tema di Giustizia riparativa appartengono al *genus* degli atti non giuridicamente vincolanti o, comunque, sono dotati di una blanda cogenza. D'altra parte, anche quegli atti che si presentano con un maggiore tasso di vincolatività - basti pensare alle decisioni quadro e, ancor di più, alle direttive nel sistema eurounitario - si sono rivelati, nella loro attuazione a carico degli Stati membri, un'occasione persa per introdurre nel sistema italiano una cornice istituzionale improntata all'ideale riparativo. Infatti, mentre la decisione quadro 2001/220/GAI non è mai stata formalmente recepita dall'Italia la direttiva 2012/29/UE è stata attuata in termini esclusivamente processualistici, ritenendo il Governo che «Il diritto interno, già fortemente orientato a garantire diritti, assistenza e protezione alle vittime di reato, viene modificato solo marginalmente dal decreto, ritenendosi, all'esito di un capillare lavoro di analisi e di verifica della relativa concordanza, che molte delle disposizioni di tutela previste dalla Direttiva siano già presenti e che, per l'effetto, l'ordinamento sia sostanzialmente

⁴²⁴ *Economic and social Council delle Nazioni Unite n. 1999/26 del 28/07/1999* - Risoluzione sullo Sviluppo ed attuazione di interventi di mediazione e giustizia riparativa nell'ambito della giustizia penale.

⁴²⁵ BOVE V. - MUZZICA R., *La giustizia riparativa: uno strumento (anche) per il Tribunale ordinario di merito?*, in *Nuove esperienze di giustizia minorile e di comunità - Unico 2015*, A. Scalfati (a cura di), Roma, 2016, 41 ss.

⁴²⁶ *Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa n. R(99)19 adottata il 15/09/1999* - Raccomandazione relativa alla Mediazione in materia penale.

⁴²⁷ *Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa – Racc. n. R(99)22 del 30/09/1999* - Raccomandazione concernente il sovraffollamento carcerario e l'inflazione della popolazione carceraria.

conforme»⁴²⁸. Il legislatore delegato, dietro questa asserita attestazione di compatibilità, non ha dunque colto l'occasione di sfruttare i possibili margini di intervento offerti dall'adempimento della direttiva la quale, invero, non imponeva l'introduzione di istituti di Giustizia riparativa all'interno degli Stati membri ma non certo ne impediva la realizzazione da parte dello Stato adempiente.

Anzi, la direttiva 2012/29/UE appare uno strumento di particolare importanza perché, nell'ottica di una tutela massima della posizione della vittima, impone agli Stati membri di salvaguardare quest'ultima dagli stessi procedimenti di Giustizia riparativa⁴²⁹. Il considerando n. 46 della direttiva, infatti, presuppone l'esistenza di procedimenti riparativi, ne evidenzia i molteplici benefici per la vittima ma nello stesso tempo mette in guardia gli Stati membri dal rischio di effetti collaterali, rappresentati *in primis* dalla vittimizzazione secondaria, che essi sono chiamati debitamente a scongiurare.

Al di là di quest'aspetto, sicuramente meritorio nell'ambito di una normativa che si propone di dettare norme minime a tutela della vittima, la dottrina si è diffusamente interrogata circa la configurazione all'interno della direttiva 2012/29/UE di un diritto della vittima ad accedere ai servizi di Giustizia riparativa. Secondo un primo orientamento⁴³⁰, il testo della direttiva non permette di corroborare la tesi di un "versante positivo" dei rapporti tra Giustizia riparativa e vittima all'interno della direttiva. D'altronde, l'espressione "diritto di accesso" che era inizialmente contenuto nella proposta di direttiva è stato sostituito nel testo definitivo dal mero riferimento all'accesso in relazione ai servizi di Giustizia riparativa. Ciò sembra confermato anche dalle note esplicative dell'art. 12 della Direttiva, che affermano chiaramente l'insussistenza di un obbligo per gli Stati membri di introdurre servizi di Giustizia riparativa, qualora non siano già presenti nell'ordinamento nazionale.

Un diverso orientamento, al contrario, sostiene un'interpretazione estensiva e sistematica dell'art. 8 della Direttiva, in combinato disposto con quanto stabilito dall'art. 4 e dall'art. 26, nella parte in cui impongono agli Stati membri di fornire alla vittima accesso a specifici servizi di assistenza, tra i quali dovrebbero includersi altresì servizi di Giustizia riparativa⁴³¹.

⁴²⁸ Relazione illustrativa del disegno di decreto legislativo attuativo della legge delega 6 agosto 2013, n. 96, p. 1, consultabile al seguente link: http://www.governo.it/sites/governo.it/files/REL_ILLL.pdf.

⁴²⁹ Come sottolineato da KILCHING M. - PARLATO L., *Nuove prospettive per la Restorative Justice in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un "diritto alla mediazione"? Germania e Italia a confronto*, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 4190, l'inclusione della Giustizia riparativa all'interno della normativa a tutela della vittima ha rappresentato l'unico mezzo per un intervento dell'Unione europea sul punto, stante la mancanza di un idoneo fondamento giuridico per una regolamentazione diretta e maggiormente dettagliata.

⁴³⁰ KILCHING M. - PARLATO L., *op. cit.*, 4191.

⁴³¹ MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 103 ss.

In ogni caso, non resta che da registrare, tuttavia, la scarsa propensione dello Stato italiano ad una siffatta forma di recepimento, per così dire, “consapevole” e non burocratico della direttiva europea, a favore invece di una mera operazione di novellazione formale delle norme preesistenti⁴³².

2.10. La natura riparativa della sanzione nella giurisprudenza CEDU

Il tema evidenziato dalla direttiva 2012/29/UE in relazione ai possibili rischi connessi ai procedimenti riparativi ed alle conseguenti garanzie necessarie per scongiurarli induce l’interprete all’analisi di un’ulteriore tematica concernente il profilo internazionale della Giustizia riparativa, che ne rappresenta, per certi versi, l’aspetto maggiormente innovativo e fecondo di ricadute applicative concrete.

Si è visto in precedenza che il rischio della *deminutio* di garanzie per il reo rappresenta un tratto trasversale nella prospettiva volta ad integrare l’ideale di Giustizia riparativa all’interno del diritto penale: occorre analizzare se il sistema di tutela rappresentato dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e dalla stratificazione giurisprudenziale elaborata dalla Corte Europea contribuisca a fungere da argine contro eventuali “truffe delle etichette” che, attraverso il viatico della riparazione, aggravino il trattamento del reo o lo privino delle necessarie garanzie connesse alla materia penale. Il rischio è quello di utilizzare «strumenti nuovi con una mentalità antica»⁴³³ attraverso un’applicazione repressiva della giustizia riparativa. In realtà, come si vedrà, il sottosistema CEDU non sembra offrire un panorama rassicurante.

Infatti, ai fini dell’individuazione della materia penale e delle connesse garanzie, in primo luogo quella rappresentata dall’art. 7 CEDU, la Corte EDU, come è noto, con la sentenza Engel⁴³⁴ ha adottato una nozione autonoma rispetto a quella degli ordinamenti interni⁴³⁵.

La Corte, con orientamento assolutamente consolidato, ha al riguardo specificamente enucleato tre distinti criteri al fine di ritenere penale una determinata sanzione: la qualificazione dell’illecito secondo l’ordinamento nazionale; la natura dell’infrazione e la sua funzione; la natura, la gravità e lo scopo della sanzione. Pur ritenendo i tre criteri alternativi tra loro e non cumulativi, la dottrina ha

⁴³² Sulle possibilità offerte da un’interpretazione conforme, cfr. BOVE V. - MUZZICA R., *La giustizia riparativa: uno strumento (anche) per il Tribunale ordinario di merito?*, in *Nuove esperienze di giustizia minorile e di comunità - Unico 2015*, A. Scalfati (a cura di), Roma, 2016, 41 ss.

⁴³³ MAZZUCATO C., *Scenari giuridici per le pratiche di mediazione e giustizia riparativa in ambito penale nell’ordinamento vigente*, in *Dignitas. Percorsi di carcere e giustizia*, 2, 2003, 62.

⁴³⁴ Corte EDU, Engel c. Paesi Bassi, n. 5100/71, 8 giugno 1976.

⁴³⁵ Cfr., per tutti, NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Torino, 2006.

sottolineato che, con il trascorrere del tempo, quello della natura della sanzione ha assunto un carattere centrale⁴³⁶.

Proprio in relazione a tale ultimo criterio, l'orientamento della Corte EDU è consolidato nel ritenere escluse dal novero delle misure penali - e pertanto, dalle garanzie ad essa connesse - le misure che abbiano una natura eminentemente riparativa⁴³⁷.

Le pronunce più salienti a tal proposito hanno riguardo l'istituto della confisca cd. urbanistica⁴³⁸, prevista dall'art. 44, comma 2 d.P.R. 380 del 2001. Nel caso *Sudfondi et al. contro Italia*⁴³⁹, infatti, la Corte EDU ha osservato, proprio in applicazione dei sopramenzionati criteri Engel, che la sanzione prevista dall'art. 19 della legge n. 47/1985 (oggi art. 44 comma 2 D.P.R. 380 del 2001) non tende alla riparazione pecuniaria di un danno, ma mira essenzialmente a punire, al fine di impedire la reiterazione delle inosservanze previste dalla legge. Questa conclusione, secondo l'opinione della Corte di Strasburgo, trova conferma nella severità della sanzione, che concerne tutti i terreni inclusi nel piano di lottizzazione: tale constatazione, nel caso di specie, era corroborata dal fatto che la confisca aveva interessato 50.000 metri quadrati di terreno di cui l'85% non edificato, pertanto in mancanza di un effettivo danno al paesaggio da riparare con la misura in questione.

La sanzione viene considerata quindi, in applicazione del criterio teleologico dello scopo della sanzione, in parte preventiva e in parte repressiva, ma non certo riparativa: carattere, quest'ultimo, che, secondo l'opinione della Corte, avrebbe potenzialmente indotto ad una sottrazione della misura in questione dall'ambito applicativo dell'art. 7 CEDU.

Con la sentenza *Varvara c. Italia* del 29 ottobre 2013⁴⁴⁰ la Seconda sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo ha richiamato l'orientamento consolidatosi nella pronuncia *Sud Fondi*, confermando la natura penale della confisca urbanistica sulla base dei criteri Engel, in ragione della funzione repressivo - preventiva e non riparativa cui essa tende.

⁴³⁶ MAZZACUVA F., *La materia penale e il doppio binario della Corte Europea; le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1899 ss.

⁴³⁷ Corte EDU, sentenza del 29 agosto 1997, A.P., M.P. e T.P. c. Svizzera, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997; Corte EDU, sentenza 7 luglio 1989, *Tre Traktörer Aktiebolag c. Svezia*, § 46; Corte EDU, sentenza 28 agosto 1997, E.L., R.L. e J.O.-L. c. Svizzera, § 46; ; in tema, Corte EDU, sentenza del 24 febbraio 1994, *Bendenoun c. Francia*, serie A n° 284, p. 20, § 47; Corte EDU, sentenza del 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, §38; Corte EDU, sentenza del 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, pp. 20-21, § 53.

⁴³⁸ Sia consentito rinviare al nostro MUZZICA R., *La confisca urbanistica in assenza di condanna tra Corte EDU e Corte Costituzionale*, in *Nel Diritto*, 6, 2015, 1122 ss.

⁴³⁹ Corte EDU, sentenza del 20 gennaio 2009, *Sud Fondi e altri c. Italia*. Per un'analisi più approfondita della sentenza *Sud Fondi* cfr. MAZZACUVA F., *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza di Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1540 ss.; MAIELLO V., *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione tra questioni risolte ed ancora aperte*, in *Foro napoletano*, 2012.

⁴⁴⁰ Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, 1392 ss., con nota di BALSAMO A., *La Corte europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva*, 1396 ss.

Al di là della vicenda relativa alla confisca urbanistica, anche la notissima pronuncia Grande Stevens c. Italia⁴⁴¹ ha confermato la natura penale delle sanzioni in tema di abusi di mercato previste dall'ordinamento italiano, evidenziando che il loro scopo è quello di punire per impedire la recidiva e garantire l'integrità dei mercati finanziari nonché la fiducia del pubblico nella sicurezza delle transazioni, interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale.

La Corte afferma che tali sanzioni sono funzionali al perseguimento di uno scopo chiaramente repressivo, in quanto esse sanzionano un illecito, e generalpreventivo negativo nei confronti degli interessati. Dunque tali sanzioni non si prefiggono unicamente, come pure il Governo nella sua difesa aveva tentato di sostenere, di riparare un danno di natura finanziaria: a conferma della natura punitiva e non riparativa, la Corte sottolinea che le sanzioni in questione sono inflitte dalla CONSOB in funzione della gravità della condotta ascrivita e non del danno provocato agli investitori.

Anche la giurisprudenza interna ha mostrato di adeguarsi ai criteri Engel nella decisione delle controversie inerenti le ricadute pratiche della qualificazione convenzionale di pena *ex art. 7 CEDU*⁴⁴².

Come si evince dalla sommaria analisi della giurisprudenza, invero non numerosissima, sul punto, la Corte EDU distingue da un lato le sanzioni riparatorie o reintegratrici, volte ad eliminare il danno derivante dall'illecito o il profitto che l'autore ne ha conseguito, sottraendole alle garanzie della materia penale; dall'altro individua la sanzione punitiva, connotata da una finalità preventiva per la tutela di beni giuridici e dal contenuto afflittivo, ovvero tendente ad infliggere la limitazione di un diritto o un bene giuridico⁴⁴³.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, nel primo caso, ha escluso che si configurino come "penali" nel significato convenzionale del termine quelle misure che soddisfano generiche pretese risarcitorie o che sono essenzialmente dirette a ripristinare la situazione di legalità, restaurando l'interesse pubblico leso.

⁴⁴¹ Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, ric. N. 18640/10. Cfr. FLICK G.M. - NAPOLEONI V., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? "Materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte Edu del 4 marzo 2014 sul market abuse*, in www.aic.it, 3, 2014; DE AMICIS G., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio; prime riflessioni sugli effetti della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento interno, in diritto penale contemporaneo*, 2014, 3-4, 201 ss.

⁴⁴² Cfr. Cass. pen., Sez. III, 14 gennaio 2015 (dep. 20 luglio 2015), n. 31378, che si pronuncia in relazione alla così definita sanzione civile comminata dall'art. 116, co. 8, lett. a) della l. 23 dicembre 2000, n. 388 a carico dei soggetti che non provvedono entro il termine stabilito al pagamento dei contributi o premi dovuti alle gestioni previdenziali ed assistenziali. La Suprema Corte, per valutare se vi sia stata o meno violazione, nel caso di specie, del principio sancito dall'art. 4, Prot. 7, CEDU, guarda alla reale natura della "sanzione civile", escludendone la riconduzione alla materia penale *ex art. 7 CEDU* perché tale sanzione, obbligando il datore di lavoro inadempiente al pagamento di una somma pari al tasso ufficiale di riferimento maggiorato di 5,5 punti, ha solo effetti ristoratori verso l'INPS e, dunque, natura - oltre che *nomen juris* - di sanzione civile.

⁴⁴³ MAUGERI A. M., *Le moderne sanzioni penali tra funzionalità e garantismo*, Catania, 2001, 481 ss.

Una parte della dottrina⁴⁴⁴ condivide l'effetto di sottrazione delle misure volte al semplice ripristino dello *status quo ante* dall'ambito delle garanzie penalistiche, perché l'eventuale finalità preventiva che esse presentano è rimessa alla volontà del danneggiato, e tendenzialmente riflessa nel concetto stesso di coattività connessa al diritto, implicita nel possibile ricorso a tecniche coercitive di attuazione della situazione giuridica soggettiva tutelata.

Tuttavia, se ciò può essere condivisibile per quanto concerne le forme strettamente civilistiche di risarcimento, l'orientamento consolidato della giurisprudenza CEDU non appare adeguato ad un concetto ampio di riparazione, funzionale in un'ottica di Giustizia riparativa.

Le ipotesi di riparazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, le riparazioni simboliche o vicarie e, complessivamente, tutte le forme non strettamente riducibili al risarcimento del danno con funzione compensatoria non possono essere sottratte alle garanzie che circondano la materia penale - *in primis*, si pensi al principio di colpevolezza che la giurisprudenza CEDU enuclea dall'art. 7 della Convenzione⁴⁴⁵ - perché involgono incisivamente la sfera giuridica del singolo e, direttamente o di riflesso, la sua libertà personale.

D'altronde, come è stato sottolineato nei paragrafi precedenti, ciò è strettamente connesso al fatto che una riparazione del conflitto in un'ottica di Giustizia riparativa nelle sue forme più disparate - dal risarcimento del danno ai lavori di pubblica utilità - assume un'indubbia funzione preventiva, sebbene non necessariamente veicolata dalla volontà del danneggiato. La struttura della riparazione insita nella Giustizia riparativa sembrerebbe, dunque, riabilitare quell'affermazione rimasta isolata nella giurisprudenza della Corte, contenuta nella sentenza *Welch c. Regno Unito*⁴⁴⁶, in cui la Corte affermò che «In effetti, gli obiettivi di prevenzione e riparazione si conciliano con quelli di repressione e possono essere considerati come degli elementi costitutivi la nozione stessa di pena».

Se, tuttavia, il criterio teleologico viene interpretato dalla giurisprudenza consolidata della Corte EDU in chiave ostativa alla riconduzione delle sanzioni ispirate alla Giustizia riparativa nell'alveo della materia penale *ex art. 7 CEDU*, appare opportuno valorizzare il *dictum* giurisprudenziale della Corte di Strasburgo che, pur privilegiando il criterio dello scopo della sanzione, ne sancisce comunque il carattere alternativo rispetto agli altri due criteri Engel.

Pertanto, è sul criterio del *nomen juris* e su quello della natura dell'infrazione che occorre porre l'attenzione al fine di evitare la legittimazione di vere e proprie “truffe delle etichette” a discapito delle garanzie individuali del reo. Né, nella prospettiva eclettica della Corte EDU, il criterio evanescente della gravità della sanzione, intesa come onerosità per il reo anche se connotata da

⁴⁴⁴ MAZZACUVA F., *La materia penale*, cit., 1906.

⁴⁴⁵ Corte EDU, sentenza del 20 gennaio 2009, *Sud Fondi e altri c. Italia*.

⁴⁴⁶ Corte EDU, sentenza del 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, serie A n. 307-A, § 30, ripresa altresì da Corte EDU, sentenza del 17 dicembre 2009, *M. c. Germania*, § 130

finalità riparative, potrebbe farsi carico della risoluzione del problema, inducendo a ritenere ugualmente integrato il crisma della natura di pena *ex art. 7 CEDU* delle sanzioni riparative particolarmente onerose per il reo.

Una soluzione maggiormente soddisfacente, che ha inoltre il pregio di mostrarsi coerente con la necessità di una veste penalistica per la Giustizia riparativa, è offerta dal criterio nominalistico. Il criterio del *nomen juris* interno, infatti, appare vincolante per la Corte EDU laddove stabilisca la natura penale della sanzione in questione, potendo la Corte prescindervi soltanto *pro reo*, al fine di neutralizzare eventuale “truffe delle etichette” da parte dei legislatori interni, ma non certo per abbassare gli standard di garanzia assicurati dagli ordinamenti nazionali. La stessa Corte EDU, nella sentenza *Sud Fondi*, evidenzia, d'altronde, che le norme interne classificavano la confisca urbanistica come sanzione penale per la lottizzazione abusiva.

Ne consegue un'ulteriore conferma dell'importanza non solo che le sanzioni riparative orientate alla Giustizia riparativa conservino natura penale ma che palesino una siffatta qualificazione giuridica formale in quanto tali.

Capitolo III

La Giustizia riparativa “alla prova”: gli istituti sospensivi nel sistema penale

SOMMARIO: - 3.1. Le ragioni alla base del campo di indagine: perché gli istituti sospensivi. - 3.2. La sospensione del processo davanti al giudice di pace. - 3.3. La sospensione del processo con messa alla prova per i minorenni. - 3.4. La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti. - 3.5. Una prospettiva *de jure condendo*: dalla sospensione del processo con messa alla prova ad una rinnovata sospensione (condizionale) della pena. - 3.6. Una prospettiva *de jure condendo*: dalla liberazione condizionale all'affidamento in prova ai servizi sociali, la rifondazione di una vera *probation* esecutiva.

3.1. Le ragioni alla base del campo di indagine: perché gli istituti sospensivi

A parere di chi scrive, l'ambito degli istituti sospensivi rappresenta la sede elettiva per “testare sul campo” la portata applicativa della Giustizia riparativa e le sue potenzialità ancora inesprese all'interno del sistema penale. Con il termine “istituti sospensivi” si intende riferirsi ad una categoria del tutto convenzionale in cui si annoverano gli istituti che sospendono l'esecuzione della pena, *ab initio* o *in itinere*, ovvero il corso del processo. In relazione a quest'ultimi la dottrina processualistica ha distinto le fattispecie sospensive a seconda che per esse sia prevista l'emanazione di un provvedimento *ad hoc*, oppure che la stasi processuale operi in maniera automatica, non dipendendo cioè da un provvedimento giudiziale che espressamente la disponga⁴⁴⁷. La necessità di soffermare l'analisi sulle potenzialità riparative di questi istituti è giustificata da una serie di ragioni.

In primo luogo, gli istituti sospensivi rappresentano una vera e propria «cartina di tornasole delle scelte profonde adottate dal legislatore in ambito sanzionatorio»⁴⁴⁸ poiché dalla loro conformazione e dalla loro portata si desume quale sia il ruolo riservato alla discrezionalità del giudice tra istanze generalpreventive e specialpreventive del sistema.

In linea generale, infatti, gli istituti sospensivi rivelano un'insolita polifunzionalità, potendo presentare di per sé una connotazione eminentemente statica e negativa, qualora siano intesi come mero “spazio sospeso” nell'ambito dell'esecuzione della pena, usualmente detentiva, in un sistema ancora carcerocentrico, senza alcuna previsione ulteriore. In quest'ottica gli istituti sospensivi sono

⁴⁴⁷ TABASCO G., *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Archivio penale*, 2015, 1, 1 ss.; CHIAVARIO M., *Sospensione del processo penale*, in *Enc. Giur.*, XXX, Roma, 1993, 3.

⁴⁴⁸ BARTOLI R., *Contributo alla riforma degli istituti sospensivi della pena*, in PALAZZO F. - BARTOLI R., *Certezza o flessibilità della pena*, Torino, 2007, 30.

funzionali ad una prospettiva sostanzialmente clemenziale, pur funzionale in chiave di neutralizzazione degli effetti desocializzanti della pena detentiva, ma non mostrano particolari legami con l'ideale riparativo.

Una parziale eccezione può concernere il caso, particolare e contingente, in cui la sospensione sia giustificata dalla necessità di “guadagnare tempo”, al fine di tentare una mediazione ed un riavvicinamento tra le parti che troverà la sua sede elettiva in ambito extraprocessuale. In questo frangente i meccanismi sospensivi, pur apparendo dal punto di vista processuale dei meri contenitori vuoti, si presentano invece particolarmente congeniali in un'ottica di Giustizia riparativa perché diventano strumenti di dialogo tra il cittadino e l'ordinamento, in una prospettiva di valorizzazione della sua persona, dal momento che sospendere l'esecuzione di una pena - o addirittura del processo - significa dare fiducia al cittadino, riconoscergli una seconda *chance*⁴⁴⁹. D'altronde, creare una parentesi al riparo dall'esecuzione della pena - quasi sempre, detentiva - o dallo svolgimento del processo rappresenta una preconditione utile per ricucire i rapporti sociali lacerati dal reato, tanto con la persona offesa quanto con la comunità.

In una diversa prospettiva, dinamica e positiva, gli istituti sospensivi possono divenire strumenti attivi di Giustizia riparativa, connotandosi in chiave di integrazione sociale come vere e proprie sanzioni positive. In quest'ottica, come è ovvio, resta esclusa la mediazione data la sua imprescindibile volontarietà, ma sono impregiudicate le altre forme di sanzioni riparative in precedenza esaminate, quali la riparazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, il lavoro di pubblica utilità, oltre al risarcimento del danno se del caso atteggiato normativamente in veste ultracompensativa.

In questo modello l'istituto sospensivo, di matrice chiaramente specialpreventiva, assume una configurazione complessa, in cui le prescrizioni riparative fanno da contraltro ad un vaglio dell'autorità giudicante, che in caso di esito negativo può revocare la misura. La revoca costituisce lo strumento per valutare la *probation* del reo e per influire concretamente sulla sua personalità, a prescindere dalla fase processuale in cui la sospensione si situa. Infatti, gli istituti sospensivi maggiormente funzionali in chiave di Giustizia riparativa sono le cosiddette sospensioni “improprie”, ovvero quelle in cui si apre una fase incidentale che si sviluppa davanti al medesimo giudice che l'ha disposta e che si conclude con un'udienza nella quale viene completata una valutazione *in itinere*⁴⁵⁰.

Una strutturazione degli istituti sospensivi secondo i dettami della Giustizia riparativa potrebbe porre rimedio all'attuale proliferazione di questi istituti, razionalizzandoli, se del caso riducendone

⁴⁴⁹ BARTOLI R., *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in *diritto penale contemporaneo*, 12 maggio 2016.

⁴⁵⁰ TABASCO G., *op. cit.*, 2.

altresì il numero⁴⁵¹, in vista di uno impianto politico - criminale preciso e molto più nobile della mera decarcerizzazione in chiave clemenziale.

In ultima analisi, un'indagine su questi istituti in un'ottica di Giustizia riparativa si giustifica altresì perché rappresentano istituti statisticamente diffusi: è sufficiente pensare al numero di pene sospese nell'attuale sistema o alla recente fortuna ottenuta dalla sospensione del processo con messa alla prova. Il che induce a confidare, se del caso attraverso opportune modifiche *de jure condendo*, nella delineazione di un ambito applicativo sufficientemente ampio e cospicuo per istituti sospensivi di stampo riparativo.

3.2. La sospensione del processo davanti al giudice di pace

All'interno del microsistema creato dal d. lgs. 274 del 2000, con cui si è proceduto alla devoluzione ai giudici di pace di una nutrita congerie di controversie penali, riferimenti normativi espressi alla riparazione e alla mediazione trovano una cornice organica⁴⁵², sebbene temperati con un'indubbia esigenza deflattiva del contenzioso⁴⁵³.

Come è stato riconosciuto di recente dalle Sezioni unite della Suprema Corte⁴⁵⁴, il microsistema della giustizia penale amministrata dal giudice di pace è improntato su un generale dovere di quest'ultimo di «favorire, per quanto possibile, la conciliazione delle parti» (art. 2 co. 2 d. lgs. 274 del 2000) attraverso la promozione della remissione accettata della querela (art. 29 co. 4 l. cit.). Analizzando la legge delega da cui origina il decreto delegato, si evince che il dovere di tentare la conciliazione ha rappresentato un criterio direttivo per il legislatore delegato, come si evince dall'art. 17, co. 1, lett. g) l. 24 novembre 1999, n. 468; la stessa giurisprudenza costituzionale ha più volte chiarito che la finalità conciliativa «costituisce il principale obiettivo della giurisdizione penale del giudice di pace»⁴⁵⁵. Tale è la pregnanza del dovere di conciliazione del giudice di pace che le Sezioni unite hanno dedotto un'ampia discrezionalità in capo a quest'ultimo nelle modalità di perseguimento dell'obbligo di risultato, ammettendo altresì la legittimità di avvertire le parti della valutazione che sarà data ad una loro condotta passiva quale quella di mancata comparizione in udienza, interpretata come remissione tacita della querela e assenza di ricusazione⁴⁵⁶.

⁴⁵¹ PADOVANI T., *La sospensione condizionale oltre l'orizzonte delle modifiche al sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1257 ss.

⁴⁵² MARZADURI E., *L'attribuzione di competenze penali al giudice di pace: un primo passo verso un sistema penale della conciliazione?*, in *Giudice di pace e processo penale*, M. Chiavario - E. Marzaduri (a cura di), Torino, 2002, 9.

⁴⁵³ BARTOLI R., *Le definizioni alternative del procedimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 172 ss.

⁴⁵⁴ Cass., Sez. un., sent. 23 giugno 2016, n. 31668, in relazione alla remissione tacita della querela per mancata comparizione del querelante; cfr., altresì, Cass., Sez. un., sent. 25 maggio 2011, n. 27610.

⁴⁵⁵ Corte cost., ord. n. 349 del 2004.

⁴⁵⁶ La finalità conciliativa permea altresì l'istituto del proscioglimento per particolare tenuità del fatto, tant'è che la Cass. pen., Sez. V, sent. 14 luglio 2016 (dep. 2 novembre 2016), n. 45996 espressamente motiva l'inapplicabilità

Il tratto caratteristico del processo davanti al giudice di pace - spesso appellato come “giustizia di prossimità” - è quello di consentire risposte flessibili ad episodi di criminalità oggettivamente bagatellare ma spesso indice di conflitti interindividuali diffusi e comuni, la cui ricomposizione, cui ovviamente non sono affatto estranee le logiche di soddisfazione della vittima, è obiettivo chiaramente primario nella logica del sistema.

Le finalità riparative e conciliative permeano uno degli istituti fulcro del microsistema, rappresentato dalla causa di estinzione del reato in esito a condotte riparatorie disciplinata dall’art. 35⁴⁵⁷. La norma, generalmente considerata espressione del principio di sussidiarietà del diritto penale, è frutto della commistione tra logiche deflative e dinamiche di ricomposizione del conflitto e presenta un ambito di applicazione slegato dal regime di procedibilità del reato, attribuendo al giudice un potere latamente discrezionale.

Infatti la norma ha cura di precisare che l’estinzione del reato non trasforma quest’ultimo in una mera vicenda privatistica tra autore e persona offesa, dovendo pur sempre il giudice vagliare il soddisfacimento di non ben identificate esigenze di prevenzione e riprovazione. La norma delinea un giudizio di discrezionalità bifasica, attraverso il quale il giudice deve non solo accertare l’idoneità e l’effettività della condotta riparatoria a riparare il danno civile e quello criminale, ma in seconda battuta altresì la tenuta delle funzioni politico - criminali del sistema⁴⁵⁸.

Tuttavia si nutrono fondati dubbi sulla natura asseritamente riparativa dell’istituto previsto dall’art. 35 l. cit. nel senso profondo enucleato dal concetto di Giustizia riparativa. Sebbene siano presenti gli elementi del risarcimento del danno, della riparazione delle conseguenze dannose o pericolose ed il filtro di tutela delle esigenze pubblicistiche affidato al giudice, il dato che sembra del tutto ostativo alla qualificazione dell’istituto di cui all’art. 35 l. cit. in termini di Giustizia riparativa è rappresentato dal riferimento alle esigenze di prevenzione e riprovazione che, oltre a non essere agevolmente provabili né facilmente definibili sotto il profilo interpretativo, rappresentano una clausola generale potenzialmente distonica rispetto ai fini della giustizia riparativa. Infatti tale

dell’art. 131 *bis* c.p. al processo davanti al giudice di pace proprio in ragione del diverso ruolo che svolge la persona offesa nei due istituti: nell’art. 34 l. cit., infatti, la finalità conciliativa fornisce alla persona offesa una determinante facoltà inhibitoria che non è prevista nella causa di non punibilità *ex art.* 131 *bis* c.p., salvo in caso di sentenza predibattimentale.

⁴⁵⁷ MURRO O., *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, 2016, Milano, 71 ss.; TURCHETTI S., *Sub art. 35* 28 agosto 2000 n. 274, in E. Dolcini - G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2006, p. 5583 ss.; MURRO O., *Le condotte riparatorie e il giudice di pace. Una soluzione alternativa delle controversie penali?*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 12, 1521 ss.; MANNOZZI G., *op. cit.*, 314 ss.; GRILLO P., *Gli spazi operativi della mediazione penale nel procedimento davanti al giudice di pace e al tribunale in composizione monocratica*, in *Giur. di Merito*, 2013, 1, 6 ss.; MAZZUCCATO C., *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, in L. Picotti - G. Spangher (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, 2005, 139 ss.

⁴⁵⁸ FLORA G., *Risarcimento del danno e conciliazione: presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, in L. Picotti - G. Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale conciliativa: il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, 2002, 153.

clausola rappresenta una valvola di «autentica discrezionalità dell'organo giudicante»⁴⁵⁹ che potrà negare l'applicazione dell'istituto pur in presenza di un accordo transattivo tra persona offesa e reo, così come potrà dichiarare estinto il reato anche in presenza di un rifiuto esplicito della vittima; in secondo luogo non può considerarsi un istituto di Giustizia riparativa quello nel quale la vittima non è minimamente coinvolta nel subprocedimento, se non con un formale diritto ad essere ascoltata prima della dichiarazione di estinzione del reato, senza che però le sue eventuali osservazioni vincolino in alcun modo il giudice⁴⁶⁰.

Nell'ambito del rapporto tra gli istituti sospensivi e l'ideale riparativo, invece, appare di interesse la facoltà di sospensione del processo che il giudice di pace detiene in virtù dell'art. 29 co. 4 d. lgs. 274 del 2000. Nei casi di reati procedibili a querela, infatti, il giudice di pace può rinviare l'udienza (*rectius*, sospendere) per un periodo non superiore a due mesi e, ove occorra, può avvalersi di centri e strutture pubbliche o private cui delega l'attività di mediazione.

Sebbene si tratti, rifacendoci ai due modelli delineati in precedenza, di un istituto sospensivo processualmente “vuoto”, in cui «la mediazione emerge essenzialmente nella variante “esosistemica” di privatizzazione del conflitto»⁴⁶¹ esso appare assolutamente congeniale in un'ottica di Giustizia riparativa e pienamente conforme all'assetto dei principi costituzionali.

Infatti il giudice garantisce alle parti uno “spazio neutro” all'interno del quale provare ad elaborare una soluzione al conflitto interindividuale, se del caso attraverso l'aiuto di mediatori professionali.

L'assetto dei principi del giusto processo è pienamente rispettata, dal momento che la sospensione non cela una “criptocondanna” o trattamenti afflittivi per il reo che giustificerebbero l'accertamento processuale della sua responsabilità. Al contrario, la formulazione dell'art. 29 co. 4 contiene una fondamentale indicazione di garanzia che lo rende compatibile altresì con la presunzione di innocenza, perché la legge pone un espresso divieto di utilizzazione delle dichiarazioni rese dalle parti durante la mediazione ai fini della deliberazione del giudice, allorquando la parentesi sospensiva non conduca ad un esito positivo.

Infine, altresì negli esiti, debitamente “processualizzabili”⁴⁶², questa forma di sospensione del processo appare assolutamente efficace nei risultati e coerente con le premesse normative costituzionali: in caso di conciliazione il reato si estingue per remissione accettata della querela,

⁴⁵⁹ PICOTTI L., *Il nuovo volto del sistema sanzionatorio del giudice di pace: considerazioni conclusive*, in L. Picotti - G. Spangher (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e nuove pene non detentive*, Milano, 2003, 197 ss.

⁴⁶⁰ In tal senso la giurisprudenza prevalente: Cass., sez. V, 24 marzo 2005, n. 14070, in CED Cass. n. 231777; Cass., sez. V, 21 aprile 2006, n. 22323, in CED Cass. n. 234555; Cass., sez. V, 10 aprile 2008, n. 31070, in CED Cass. n. 241166; Cass., sez. IV, 18 giugno 2008, n. 36516, in CED Cass. n. 241957

⁴⁶¹ MANNOZZI G., *op. cit.*, 316.

⁴⁶² L'espressione è di KILCHING M. - PARLATO L., *op. cit.*, 4200.

senza che il giudice debba effettuare valutazioni discrezionali che, di fatto, espropriano le parti di conflitto che sono di loro stretta appartenenza⁴⁶³.

Ne emerge la descrizione di un istituto di chiara privatizzazione del conflitto, in cui il giudice ha un compito di mero accertamento del verificarsi di condizioni propizie, soggettivamente percepite come tali dalle parti. Tuttavia, calato nell'ambito dei reati procedibili a querela, l'istituto non appare affatto distonico, dal momento che la *ratio* stessa della procedibilità a querela implica un vaglio soggettivo della persona offesa circa l'esercizio dell'azione penale.

Questa forma di sospensione, che tra i suoi pregi sembra altresì coniugare il difficile binomio tra Giustizia riparativa e deflazione processuale, in una prospettiva *de jure condendo* tesa a riconfigurare il sistema penale alla luce dell'ideale riparativo dovrebbe potenzialmente essere estesa altresì al rito ordinario, in parte costituendo la formalizzazione di prassi, ancorché disomogenee da tribunale a tribunale, già diffuse *extra ordinem* attraverso rinvii di udienza su istanza dei difensori, al fine di comporre il conflitto in via extraprocessuale.

D'altronde, ciò appare in linea con la *vis expansiva* dei principi elaborati in relazione al microsistema del giudice di pace già evidenziata dalle Sezioni unite 23 giugno 2016, n. 31668, che espressamente sanciscono un analogo dovere di verificare la possibilità di una remissione accettata della querela sotto forma di mancata comparizione in udienza delle parti. Le Sezioni unite, infatti, valorizzano l'art. 555 co. 3 c.p.p. che impone al giudice monocratico (modificando l'assetto normativo preesistente, in cui l'art. 564 c.p.p. prevedeva tale onere in capo al pm), il dovere di conciliazione ai fini della remissione della querela. I Supremi giudici, ponendosi in una prospettiva tesa ad ampliare gli spazi di conciliazione nel sistema, auspicano una prassi in cui il giudice, nel disporre la citazione delle parti, abbia cura di inserire un avvertimento alle parti circa la valutazione in termini di remissione e accettazione della querela della loro mancata comparizione in udienza.

Come è ovvio, tale innovazione normativa da sé non basterà a ricondurre *tout court* il sistema penale verso logiche riparative ma saranno necessarie politiche extrapenali tese alla costituzione, all'implementazione ed al finanziamento di adeguati centri di mediazione, forniti di personale qualificato e diffusi in tutto il territorio nazionale.

3.3. La sospensione del processo con messa alla prova per i minorenni

All'interno del sistema della giustizia penale minorile l'approccio di tipo clinico e psicosociale alla devianza che si estrinseca nel fatto di reato ha condotto, tra le conseguenze di maggior rilievo, alla

⁴⁶³ MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 269, considerano la remissione della querela uno dei casi in cui la mediazione ha senz'altro un esito positivo.

possibilità di sospendere il processo per consentire al minore di sperimentare percorsi rieducativi alternativi al circuito processuale.

Si tratta di una linea di tendenza presente in molti Stati occidentali e più volte ribadita altresì a livello internazionale. L'art. 11 delle Regole di Pechino, ad esempio, prevede espressamente l'utilizzo di tecniche di degiurisdizionalizzazione nella risposta statuale alla devianza minorile, che si vuole flessibile ed informale; anche la Convenzione della Nazioni unite sui diritti del fanciullo sostiene la diffusione di tecniche extraprocessuali di risoluzione dei conflitti che involgono minori, pur nel rispetto delle garanzie individuali di quest'ultimi.

Sebbene sia assolutamente maggioritaria l'opinione secondo la quale il processo minorile rappresenti la sede privilegiata per l'introduzione di istituti di Giustizia riparativa, questo assunto, probabilmente valido in astratto, non è del tutto congeniale con il concreto assetto dell'attuale processo penale minorile italiano disciplinato dal DPR n. 448 del 1988.

Tale normativa, ancorché orientata in un'ottica di riduzione, qualitativa e quantitativa, dell'intervento sanzionatorio a favore della prospettiva rieducativa, appare lontana dall'ideale riparativo per quanto concerne il coinvolgimento attivo della persona offesa che, come è noto, nel processo minorile non può nemmeno costituirsi parte civile.

D'altronde, a dispetto dei proclami teorici, il giudice minorile italiano può avvalersi in concreto di una ristretta tipologia di strumenti *lato sensu* riparativi, rappresentati dalle prestazioni risarcitorie e riparatorie e dalla mediazione⁴⁶⁴.

Anche all'interno del processo minorile la categoria degli istituti sospensivi si presenta quale *humus* fertile per l'innesto di forme di Giustizia riparativa: infatti, al di là delle inflessioni imposte dalla prassi ad istituti normativamente "neutri" dal punto di vista riparativo⁴⁶⁵, riparazione e mediazione convergono già da un punto di vista legislativo in un unico e complesso istituto, rappresentato dalla sospensione del processo con messa alla prova⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ MANNOZZI G., *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 252 ss.

⁴⁶⁵ MANNOZZI G., *ult. op. cit.*, 254 ss. analizza l'utilizzo nella prassi dell'art. 9 DPR 448/1988 per veicolare nel processo le informazioni assunte attraverso i procedimenti di mediazione, se del caso valorizzate attraverso il proscioglimento per irrilevanza del fatto, che assume non più a clausola mascherata di depenalizzazione in concreto bensì riconoscimento giudiziario di una risoluzione del conflitto maturata in sede extraprocessuale. Come sottolineato da COLAMUSSI M. - MESTITZ A., *op. cit.*, 423 ss. di fatto sono statisticamente più numerosi i rinvii in mediazione effettuati dai pubblici ministeri nella fase delle indagini forzando l'art. 9 l. cit. piuttosto che quelli rimessi dal giudice in fase di udienza preliminare.

⁴⁶⁶ Sull'istituto, cfr. BASCO M. G. - DE GENNARO S., *La messa alla prova nel processo penale minorile*, Torino, 1997; LANZA E., *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenne*, Milano, 2003, 48 ss.; LOSANA C., *Commento all'art. 28 D.P.R. 448/1988*, in *Commento al codice di procedura penale, Leggi collegate*, M. Chiavario (a cura di), Torino, 1994, 312 ss.; MESTITZ A. - COLAMUSSI M., *Messa alla prova e restorative justice*, in *Minori Giustizia*, 2000, 223 ss.

Ai sensi dell'art. 27 l. cit., il giudice, sentite le parti, può disporre con ordinanza la sospensione del processo. Questo meccanismo è motivato dalla valutazione che il giudice ritiene di effettuare circa il comportamento e la personalità del minore in chiave evolutiva (art. 29 l. cit.) all'esito della prova. Questa forma di sospensione richiama alla mente gli istituti del *probation* anglosassone di tipo giudiziale, in cui l'autorità giudiziaria, anziché applicare una sanzione detentiva, sospende il processo⁴⁶⁷.

Le prescrizioni che possono corredare la sospensione del processo sono descritte in maniera elastica dal legislatore, che intende assicurare al giudice un vaglio ampio e la possibilità di "personalizzare" l'istituto in relazione alle particolari caratteristiche del minore.

Non a caso l'istituto presenta un ambito di applicazione potenzialmente esteso ad ogni tipo di reato - la gravità dello stesso incide solo sulla durata della sospensione - e prescinde da una formale richiesta dell'imputato, che deve soltanto essere sentito insieme con le altre parti.

Il giudice può imporre prescrizioni tese alla riparazione delle conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa: come è stato acutamente osservato, si tratta di una legislazione per obiettivi contenutisticamente atipica, mediante la quale il giudice viene facultizzato ad imporre qualsiasi prescrizione risulti diretta al perseguimento di uno dei due obiettivi⁴⁶⁸.

Nel rito minorile tali prescrizioni rispondono alla logica di conciliare l'istanza di visibilità della vittima (alla quale, si ripete, è negata la facoltà di costituirsi parte civile) con quella di responsabilizzazione del minore. Nella stessa Relazione al testo definitivo del decreto il proscioglimento per buon esito della prova, preceduto dall'espletamento di attività riparatorie nei confronti della persona offesa, viene considerato, nei fatti e non senza qualche equivoco concettuale, una vera e propria mediazione⁴⁶⁹.

Da quanto finora descritto emerge che, a differenza della sospensione nel processo davanti al giudice di pace, che ha una funzione esplorativa tesa ad ricercare un mutuo e libero consenso delle parti, l'istituto omologo nel processo minorile ha una funzione *lato sensu* trattamentale e (non senza qualche paradosso) maggiormente autoritativa.

La struttura autoritativa può in parte alterare le risultanze dei procedimenti riparatori, soprattutto per quanto concerne la proposta di mediazione che il giudice può fare nell'ordinanza di sospensione: dal momento che il consenso delle parti, almeno da un punto di vista testuale, non è richiesto, prevedendo l'art. 28 soltanto un onere di sollecitazione del contraddittorio da parte del giudice, vi è

⁴⁶⁷ Nel diritto statunitense "*probation is a court-ordered period of correctional supervision in the community, generally as an alternative to incarceration. In some cases, probation can be a combined sentence of incarceration followed by a period of community supervision.*" MARUSCHAK L.M. - PARKS E., *Probation and Parole in the United States*, Bureau of Justice Statistics, novembre 2012.

⁴⁶⁸ MANNOZZI G., *ult. op. cit.*, 269.

⁴⁶⁹ TIGANO S., *Giustizia riparativa e mediazione penale*, in *Rass. Penit. Crim.*, 2006, 25 ss.

il fondato rischio che, da un lato, il minore si costruisca una rappresentazione utilitaristica della mediazione, intesa come mero “costo” processuale per ottenere un più mite trattamento sanzionatorio; dall’altro, che la vittima si senta costretta a mediare o, peggio, che strumentalizzi il suo consenso come arma contrattuale per spuntare un maggiore risarcimento economico. Tali storture, beninteso, non derivano dalla mediazione in sé ma dal fatto che essa viene proposta/imposta dal giudice anche a soggetti che possono non essere complianti con un esito conciliativo del conflitto.

Un ulteriore effetto collaterale, inoltre, è dato dai gravi rischi di inquinamento processuale che possono derivare da un cattivo esito della mediazione (peraltro più probabile nel caso in cui le parti non siano pronte ad una tale soluzione), dal momento che nella disciplina del processo minorile non esiste una norma analoga all’art. 29 co. 4, ultimo periodo, del d. lgs. 274 del 2000, in cui espressamente si prevede che le dichiarazioni rese in sede di mediazione sono inutilizzabili in caso di prosecuzione del processo.

D’altro canto, la pregnanza delle prescrizioni che possono corredare l’ordinanza di sospensione induce l’interprete a riflettere, dal momento che, se da un lato si riscontra l’inesistenza degli effetti stigmatizzanti consequenziali alla condanna, dall’altro la sospensione si prospetta come istituto anomalo, in cui si anticipa il trattamento rispetto ad una vera e propria condanna.

Non a caso la giurisprudenza pressoché unanime, avallata dalla Corte costituzionale già nella metà degli anni ’90⁴⁷⁰, ritiene che l’ordinanza di sospensione del processo con messa alla prova debba essere pronunciata soltanto allorquando il giudice abbia maturato un giudizio di responsabilità nei confronti del minore, se del caso veicolato da una sua espressa ammissione di colpa che, comunque, non può assurgere a presupposto imprescindibile dell’istituto.

Sebbene non sia richiesta come presupposto un’espressa confessione, pena la violazione della presunzione di non colpevolezza *ex art. 27 Cost.*, secondo la Corte costituzionale il più significativo vizio di legittimità che può inficiare l’ordinanza di sospensione è rappresentato dal difetto di «un giudizio di responsabilità penale che si sia formato nel giudice (...) presupposto concettuale essenziale» del provvedimento, la cui carenza imporrebbe il proscioglimento.

La dottrina cimentatasi sul testo dell’art. 28 cit. successivamente alla pronuncia della Corte ha inoltre chiarito che gli elementi probatori sussistenti allo stato degli atti non solo devono essere considerati dal giudice ma devono almeno sommariamente essere esibiti nella motivazione dell’ordinanza di sospensione, proprio alla luce della facoltà di ricorso per cassazione attribuita alle parti dal terzo comma della disposizione.

⁴⁷⁰ Corte cost., sent. 14 aprile 1995, n. 125, che sancì l’illegittimità costituzionale della previsione dell’art. 28, quarto comma del d.p.r. n. 448 del 1988 nella parte in cui precludeva l’accesso alla messa alla prova dell’imputato che avesse chiesto il giudizio abbreviato o il giudizio immediato.

A parere di chi scrive, il patente contrasto tra la struttura della sospensione nel processo minorile con i principi costituzionali a tutela del diritto di difesa e della presunzione di innocenza rappresenta un'ipoteca insormontabile sulla sua presunta valorizzazione in chiave riparativa.

Tale sospensione, a differenza di quella davanti al giudice di pace, non è un contenitore neutro ma è gravato di prescrizioni trattamentali; d'altronde è stato sottolineato come la sospensione nel processo minorile, intervenendo dopo l'esercizio dell'azione penale, sia piuttosto funzionale ad offrire un'alternativa alla sanzione ma non anche all'instaurazione del processo penale⁴⁷¹: eppure si situa in una fase processuale in cui non vi è stato un formalizzato accertamento di responsabilità dell'imputato. Né tale conflitto può essere sommariamente liquidato in nome della maggiore necessità rieducativa del minore o della dovuta flessibilità dell'intervento sanzionatorio, dal momento che l'elevato valore di civiltà morale e giuridica insita nei suddetti principi costituzionali non viene affatto meno per la minore età dell'imputato⁴⁷² che, anzi, merita per tale ragione una più accurata tutela, trattandosi di un soggetto più fragile, dotato di una personalità ancora in divenire che può essere irrimediabilmente vulnerata da un intervento statale estraneo alla cornice di garanzie dello Stato sociale di diritto.

In definitiva, l'esperienza maturata nell'ambito del processo penale minorile, oltre a testimoniare la versatilità degli istituti riparativi sospensivi, ha allo stesso tempo contribuito a focalizzare l'attenzione sui problemi fondamentali che sorgono dalla loro struttura eccentrica rispetto alla tradizionale logica processuale e, soprattutto, ai suoi principi fondamentali.

3.4. *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti*

I problemi di ordine sistematico e costituzionale suscitati dalla sospensione del processo con messa alla prova per i minorenni non sembrano aver destato particolari incertezze nel legislatore che, con la legge 28 aprile 2014 n. 67⁴⁷³, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 2 maggio 2014, ha introdotto una forma di sospensione del processo con messa alla prova anche per imputati già maggiorenni alla data di commissione del fatto. La giurisprudenza di legittimità⁴⁷⁴, infatti, è sempre stata concorde nel ritenere applicabile la *probation* minorile anche agli imputati minorenni all'epoca della commissione del fatto e divenuti maggiorenni al momento della concessione della misura, ma non

⁴⁷¹ TIGANO S., *op. cit.*, 43.

⁴⁷² BOUCHARD M., *La mediazione: una terza via per la giustizia penale*, in *Questione Giustizia*, 3-4, 1992, 782.

⁴⁷³ Cfr. Relazione n. III/07/2014 del 5.5.2014, 4, dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, a cura dei consiglieri Raffaele Piccirillo e Pietro Silvestri, pubblicata su www.penalecontemporaneo.it, 7 maggio 2014.

⁴⁷⁴ Cass. Pen., sez. IV, n. 23864 del 4 aprile 2003 (dep. 30 aprile 2003), P.M. in proc. Orlati, Rv. 225587; Cass. Pen., sez. I, n. 323 del 20 gennaio 1994 (dep. 23 marzo 1994), P.M. in proc. Marchese, Rv. 198710; Cass. Pen., sez. V, n. 1405 del 5 luglio 1992 (dep. 6 agosto 1992), p.m. in proc. Diana, Rv. 191626).

ha mai ritenuto applicabile il suddetto istituto del processo minorile a soggetti anche di poco maggiorenni alla data di commissione del fatto.

La legge 67/2014 ha quindi inserito nel codice penale gli articoli 168 *bis*, 168 *ter*, 168 *quater*; nel codice di procedura penale gli articoli da 464 *bis* a 464 *nonies*; nelle norme di attuazione di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale sono inseriti gli articoli 141 *bis* e 141 *ter*; sono previste, inoltre, modifiche di coordinamento al testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti (D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313).

Dal punto di vista sostanziale, a differenza dell'omologo istituto di diritto minorile, l'art. 168 *bis* c.p. riserva l'applicazione del nuovo istituto a reati di scarsa gravità, determinata con riguardo all'entità della sanzione edittale⁴⁷⁵ (pena pecuniaria o pena detentiva - esclusiva, congiunta o alternativa - non superiore nel massimo ai quattro anni) ovvero mediante il richiamo dell'elenco di delitti contenuto nel secondo comma dell'articolo 550 c.p.p., in tema di citazione diretta a giudizio. Dal punto di vista soggettivo, al quarto e quinto comma dell'art. 168 *bis* c.p. è esclusa la concedibilità della sospensione per più di una volta e la sua applicazione ai delinquenti e contravventori abituali, ai delinquenti professionali e per tendenza (artt. 102, 103, 104, 105 e 108 c.p.).

Il contenuto del regime di messa alla prova, delineato al secondo comma dell'art. 168 *bis* c.p., si articola in un programma la cui elaborazione è regolata dal nuovo art. 141 *ter* disp. att., che ne attribuisce la competenza agli uffici locali dell'esecuzione penale esterna (UEPE).

L'imputato deve domandare la predisposizione del programma depositando gli atti del procedimento penale presso l'UEPE, con eventuali osservazioni e proposte. L'ufficio, dopo l'indagine socio-familiare, redige il progetto, acquisendo il consenso dell'imputato e l'adesione dell'ente o del soggetto presso il quale l'imputato sarà chiamato a svolgere le prestazioni lavorative di pubblica utilità o l'attività di volontariato sociale. Nell'indagine l'ufficio compie un vero e proprio studio di fattibilità della *probation* e riferisce specificamente sulle possibilità economiche dell'imputato, sulla capacità e sulla possibilità di svolgere attività riparatorie nonché sulla possibilità di svolgimento di attività di mediazione, anche avvalendosi a tal fine di centri o strutture pubbliche o private presenti sul territorio. Il programma può prevedere, in modo non tassativo, modalità di coinvolgimento dell'imputato, del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita nel processo di reinserimento sociale, ove ciò risulti necessario e possibile, sotto la supervisione e

⁴⁷⁵ Recentemente Cass., Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 36272, Sorcinelli, si sono espresse sulla non computabilità delle circostanze aggravanti ai fini dell'individuazione del limite edittale. Cfr. GUERINI I., *In claris (non) fit interpretatio? Le Sezioni unite in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 novembre 2016.

l'affidamento del servizio sociale; tra le finalità della messa alla prova è conferito rilievo prioritario a prescrizioni comportamentali che impegnano l'imputato in una prospettiva riparatoria orientata sia verso la vittima (elisione o attenuazione delle conseguenze del reato, eventuale risarcimento del danno, restituzioni) che verso la collettività (prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità ovvero all'attività di volontariato); sono infine incentivate condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa.

Il programma può implicare altresì l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali.

Il giudice, con l'ordinanza con cui dispone la sospensione del procedimento con messa alla prova deve accertare l'idoneità del programma di trattamento presentato, la prognosi di non pericolosità dell'imputato e l'insussistenza delle ragioni che, a norma dell'art. 129 c.p.p., impongono, d'ufficio, l'immediato proscioglimento dell'imputato (insussistenza del fatto tipico obiettivo, non ascrivibilità all'imputato, insussistenza del richiesto elemento soggettivo o dell'antigiuridicità, irrilevanza penale, estinzione del reato, improcedibilità).

L'ordinanza è trasmessa all'ufficio di esecuzione penale esterna, al quale sono demandate la presa in carico dell'imputato ed obblighi di informazione periodica circa l'attività trattamentale svolta e il comportamento dell'imputato. Se il giudice, valutando la relazione conclusiva stilata dall'UEPE, accerta il buon esito della prova sancisce con sentenza, in un'apposita udienza di cui dovrà essere dato avviso alle parti e alla persona offesa, l'estinzione del reato quale conseguenza automatica della misura, ferme restando le sanzioni amministrative accessorie eventualmente previste dalla legge. In caso di esito negativo, con ordinanza dispone la ripresa del processo.

Il nuovo istituto ha da subito suscitato notevoli entusiasmi nei confronti di coloro che l'hanno considerato una prima cornice organica per la realizzazione dei principi di giustizia riparativa⁴⁷⁶.

Si è infatti sostenuto che la sua funzione sarebbe «quella di offrire immediatamente all'imputato (soprattutto se “primario” e accusato di un reato di minore gravità) un trattamento individualizzato che ne faciliti il recupero ed eviti il danno derivante non solo dalla detenzione in un istituto di pena (spesso fertile terreno criminogenetico), ma anche dallo stigma, a volte indelebile, che segue la condanna»⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ MARANDOLA A., *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 676; TABASCO G., *op. cit.*, 4; MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 221 lo annoverano espressamente tra i “modelli con componenti riparative”. Per una posizione contraria, che si esplicherà anche nel prosieguo del lavoro, sia consentito rinviare al nostro MUZZICA R., *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, 3, 158 ss.

⁴⁷⁷ DE VITO R., *La scommessa della messa alla prova dell'adulto*, in *Questione Giustizia*, n. 6/2013, 6.

In termini astratti, indubbiamente la sospensione del processo con messa alla prova presenta la velleità di assurgere ad istituto riparativo all'interno del sistema penale, come si può desumere dai contenuti del programma di trattamento a carico del reo che, fermo restando l'imprescindibile previsione del lavoro di pubblica utilità quale forma di riparazione simbolica nei confronti della collettività, contempla la possibilità della mediazione con la persona offesa nonché l'imposizione di obblighi risarcitori e riparatori. Sembrano, altresì, ispirate ad una logica comunitaria *lato sensu* riparativa il coinvolgimento del nucleo familiare e dell'ambiente di vita del soggetto, nonché la possibilità di svolgere attività di volontariato sociale (prescrizione eventuale, a differenza di quella inderogabile rappresentata dal lavoro di pubblica utilità).

Tuttavia, un'analisi più approfondita delude l'interprete che si interroghi sul fondamento riparativo dell'istituto, definito da autorevolissima dottrina come «un assurdo politico e istituzionale prima ancora che dogmatico»⁴⁷⁸. Le molteplici contraddizioni di cui è connotato l'istituto evidenziano, infatti, una disarmonia sistemica⁴⁷⁹ che non facilita né la prassi applicativa, né il consenso sociale dei consociati intorno alla nuova previsione legislativa.

Le notevolissime criticità, sia di diritto sostanziale che di diritto processuale, si sono tradotte quasi immediatamente in molteplici dubbi di legittimità costituzionale, come emerge dalle molteplici

⁴⁷⁸ RICCIO G., *L'editoriale*, in *Diritto e Giustizia Minorile*, 2015, 1, 9.

⁴⁷⁹ FERRUA P., *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in M. Daniele - P.P. Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, 2015, 183.

ordinanze di remissione alla Corte costituzionale⁴⁸⁰, alcune dichiarate manifestamente infondate⁴⁸¹, altre manifestamente inammissibili per difetti di rilevanza⁴⁸², altre ancora accolte⁴⁸³.

Al contempo, l'interesse del penalista di estrazione sostanziale verso la sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti è corroborato dal fatto che quest'istituto si è rivelato dai fortunatissimi esiti pratici, ancorché la maggior parte delle voci in dottrina avesse profetizzato un ambito del tutto residuale per il neonato istituto⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ Su queste, cfr. DELLA TORRE J., *I dubbi di legittimità costituzionale del probation processuale: molteplici le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 febbraio 2016.

⁴⁸¹ Il Trib. Prato con ord. 21 aprile 2015, S.P., in G.U. n. 50 del 16 dicembre 2015 (atto di promovimento n. 289) ha censurato, sotto il profilo della violazione del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.* e del finalismo rieducativo *ex art. 27 Cost.*, l'indeterminata e vaga formulazione dell'art. 168-*bis* del codice penale in ordine alle concrete modalità di svolgimento del lavoro di pubblica utilità, non essendo specificato né il termine di durata massima che esso potrà avere, né il soggetto che dovrà determinarla né, tantomeno, i parametri in base ai quali tale durata dovrà essere determinata. Secondo il giudice remittente, inoltre, l'art. 168-*bis* cod. pen. violerebbe l'art. 3 Cost., perché «il legislatore, con l'articolo 168 *bis* c.p., ha riconosciuto la possibilità della sospensione con messa alla prova per un numero cospicuo di reati tra loro molto diversi». La Corte costituzionale, con ordinanza n. 54 del 2017 ha dichiarato le questioni manifestamente infondate, ritenendo che la limitazione a determinate ipotesi di reato non appare una scelta irragionevole, stante la natura ibrida dell'istituto, parzialmente sovrapponibile a quella di un rito alternativo. Inoltre, la disciplina positiva dell'istituto consegna al giudice una valutazione discrezionale ed individualizzata tanto per quanto concerne l'ammissibilità della richiesta quanto in relazione ai contenuti del programma di trattamento. La Corte, inoltre, dichiara altresì infondata la questione di legittimità relativa alla mancata predefinizione legislativa della durata del lavoro di pubblica utilità, ritenendo che la durata massima risulta indirettamente dall'art. 464-*quater*, comma 5, cod. proc. pen. perché, in mancanza di una sua diversa determinazione, corrisponde necessariamente alla durata della sospensione del procedimento; la durata minima può essere definita dal giudice, tenendo conto dei criteri previsti dall'art. 133 c.p. L'acclarata determinatezza della durata della sospensione e del correlato programma di trattamento rendono, ad opinione della Corte, infondata altresì la questione di compatibilità con il finalismo rieducativo imposto dalla Costituzione. Infine, in maniera forse troppo rapida, la Corte costituzionale ritiene non pertinente il riferimento all'art. 24 Cost., ritenendo che l'eventuale indeterminatezza normativa del trattamento, in cui consiste il programma di messa alla prova, atterrebbe al profilo sostanziale e non a quello processuale dell'istituto in questione, e in particolare al diritto di difesa, che non è in alcun modo pregiudicato dalla norma censurata.

⁴⁸² La Corte costituzionale, con ordinanza n. 237 del 21 settembre 2016 ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate dal Trib. Grosseto, ord. 10 marzo 2015, T.F., in G.U., n. 35 del 2 settembre 2015 (atto di promovimento n. 157); Trib. Grosseto, ord. 10 marzo 2015, Z.M., in G.U., n. 35 del 2 settembre 2015 (atto di promovimento n. 158); Trib. Grosseto, ord. 10 marzo 2015, G.A., in G.U., n. 35 del 2 settembre 2015 (atto di promovimento n. 159) per omessa o insufficiente descrizione della fattispecie concreta; la Corte costituzionale, con ordinanza n. 19 del 7 dicembre 2016 ha dichiarato inammissibile, perché motivata *per relationem*, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, del codice di procedura penale, in relazione alla legge 28 aprile 2014, n. 67 sollevata dal Trib. Firenze, con ord. 19 maggio 2015, M.F., in G.U., n. 46 del 18 novembre 2015 (atto di promovimento n. 236). Analogamente la Corte costituzionale n. 54 del 2017 ha dichiarato manifestamente inammissibili le questioni sollevate dal già menzionato Tribunale di Prato con ordinanza 21 aprile 2015 circa l'art. 464 *bis* e ss. c.p.p. perché sollevate in modo generico, indicando le norme censurate con l'espressione «e seguenti», senza esprimere le ragioni della loro denunciata illegittimità costituzionale.

⁴⁸³ Trib. Savona, ord. 3 giugno 2015, Pisati, in G.U., n. 41 del 14 ottobre 2015 (atto di promovimento n. 201) in accoglimento della quale la Corte costituzionale con sentenza 6 luglio 2016, n. 201 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 460, comma 1, lett. e) c.p.p., nella parte in cui non prevede che il decreto penale di condanna debba contenere l'avviso all'imputato che ha facoltà di chiedere la sospensione del procedimento per messa alla prova unitamente all'atto di opposizione.

⁴⁸⁴ VIGANÒ F., *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1300; Chi scrive aveva condiviso quest'opinione in MUZZICA R., *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti*, cit., 158 ss. La stessa motivazione di Cass., Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 36272, Sorcinelli, circa la non computabilità delle circostanze aggravanti ai fini dell'individuazione del limite edittale dell'istituto è stata apertamente motivata con la necessità di ritagliare uno «spazio vitale» all'istituto. Cfr. GUERINI I., *op. cit.*

Come si evince dai dati statistici forniti dal Ministero della Giustizia⁴⁸⁵, al 31 gennaio 2017 le indagini esplorative per la concessione della sospensione del processo con messa alla prova sono state 12.190 mentre i processi attualmente sospesi sono 9.207; al 30 novembre 2016 le indagini esplorative per la concessione della sospensione del processo con messa alla prova erano 11.708 mentre i processi attualmente sospesi erano 9.046. Al 31 ottobre 2016 le indagini esplorative ammontavano a 11.185 mentre i processi sospesi erano 8.894. Esattamente l'anno precedente, al 30 novembre 2015, le indagini per messa alla prova erano 9.416 ed i procedimenti/processi sospesi 6.234. Come è possibile evidenziare, si tratta di un *trend* in costante crescita che rende quello della sospensione del processo con messa alla prova un istituto problematico con cui anche il penalista di estrazione sostanziale deve “fare i conti”.

Al netto dei proclami, i corollari della Giustizia riparativa, ampiamente trattati nel corso del presente lavoro, non sembrano incarnarsi nell'istituto della sospensione del processo con messa alla prova.

In primo luogo, la selezione dei reati presupposto per l'applicazione dell'istituto, pur essendo frutto di preoccupazione securitarie e di certezza del diritto, non è stata effettuata in una prospettiva teleologica orientata ai fini della giustizia riparativa. In verità, è opinione piuttosto diffusa nella dottrina più esperta del fenomeno riparativo quella secondo cui i fattori che rendono possibile un approccio riparativo prescindono dal tipo di reato, essendo legati alle caratteristiche del caso concreto, ossia al tipo di relazione, e, prima di tutto, alla volontà dei protagonisti.

Il legislatore italiano sembra aver completamente pretermesso quest'aspetto, selezionando i reati soltanto tramite il limite edittale.

È pur vero che in tali casi il reato è comunque la concretizzazione di un conflitto con la comunità dei consociati, ma questo connotato sembra implicito in ogni trasgressione della norma penale: la natura di *probation* in tali casi risulta più evanescente e avrebbe un effetto principalmente deflattivo e decarcerizzante.

Inoltre non mancano ostacoli pratici ad una piena lettura in chiave riparativa dell'istituto, dal momento che questo non potrà svolgere una autentica funzione riparativa senza ingenti investimenti nei servizi sociali e nelle risorse degli UEPE⁴⁸⁶, che possano rendere efficace il ricorso alla mediazione e alla prescrizioni riparatorie, nonché ad una maggiore e capillare diffusione delle convenzioni con gli enti sede del lavoro di pubblica utilità⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ I dati sono liberamente consultabili in www.giustizia.it.

⁴⁸⁶ Da questo punto di vista, la l. 67/14 prevede all'art. 6 obblighi di relazione alle competenti commissioni parlamentari da parte del Ministro della Giustizia sugli stanziamenti necessari per adeguare la pianta organica degli UEPE.

⁴⁸⁷ L'art. 7 l. cit. prevedeva l'emanazione di un regolamento ministeriale per la disciplina delle convenzioni stipulabili, nonché la loro pubblicazione sul sito ufficiale del Ministero. Il regolamento è stato emanato con decreto ministeriale del 9 giugno 2015 e indica, in particolare, i soggetti titolari della facoltà di sottoscrivere le convenzioni, le

Tuttavia, l'ostacolo realmente insormontabile dell'attuale conformazione dell'istituto della messa alla prova per gli adulti (in realtà condiviso con l'omologo istituto di stampo minorile) è rappresentato dalla sua ambiguità teleologica: il legislatore ha perso l'occasione di delineare con certezza la finalità unica o prevalente della sospensione del processo con messa alla prova, come si evince dall'art. 464 *quinquies* comma 3 c.p.p.

Questa norma, nello stabilire che il giudice può modificare o integrare il programma durante la sospensione del processo dopo aver ascoltato l'imputato e il pubblico ministero, ne sancisce la facoltà "ferma restando la congruità delle nuove prescrizioni rispetto alle finalità della messa alla prova" senza colmare quello che è un vero e proprio vuoto finalistico dell'istituto⁴⁸⁸.

Ed è proprio dalla risoluzione di un tale vuoto finalistico che, in una prospettiva sistematica teleologicamente orientata, occorre partire per delineare un nuovo corso per questo discusso istituto, riconducendolo ad una coerenza logica che soddisfi pienamente le esigenze di tutela dei diritti fondamentali e le istanze alla base di un approccio riparativo.

Nella risoluzione dell'ambiguità teleologica originaria della sospensione del processo con messa alla prova, la finalità di deflazione processuale non dovrebbe assurgere a scopo primario. Questa affermazione si pone in distonia con quanto segnalato dalla prevalente dottrina, che individua l'impulso all'approvazione della legge 67 del 2014 nella necessità di ottemperare agli obblighi imposti all'Italia dalla nota sentenza *Torreggiani c. Italia* della Corte EDU⁴⁸⁹.

Probabilmente ciò corrisponde al vero, se ci si ferma alle ragioni contingenti che hanno indotto il legislatore storico ad intervenire in tal senso nella materia penale; ma ciò non toglie che nella concretizzazione dell'istituto questa finalità si sia rarefatta, fino a smarrirsi del tutto.

Lo scopo di deflazione processuale se non altro è escluso in fatto, dal momento che lo stesso procedimento che porta alla sospensione è lungo e farraginoso e sembra tutt'altro che celere, come si desume sia dai dati normativi sia da quelli forniti dalla prassi.

Il dato normativo di per sé implica una serie di passaggi sostanzialmente ineliminabili. Qualora l'istanza di sospensione presentata dall'imputato sia ammissibile, sarà necessario per il giudice rinviare il procedimento (con una sospensione della prescrizione non prevista *ex lege*, ma elaborata nella prassi soltanto attraverso l'artificio dell'art. 159 co. 1 n. 3 c.p.) per consentire all'U.E.P.E. di elaborare, d'intesa con l'imputato, il programma di trattamento.

specifiche mansioni cui possono essere adibiti i beneficiari della sospensione (art. 2), i doveri di entrambe le parti della convenzione (art. 3) e le modalità di accertamento in ordine all'effettiva prestazione della mansione (art. 4).

⁴⁸⁸ Cfr. Relazione n. III/07/2014 del 5.5.2014, 4, dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, 17, consultabile sul sito www.cortedicassazione.it.

⁴⁸⁹ VIGANÒ F., *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1301; TABASCO G., *op. cit.*, 3.

Il periodo necessario per tale rinvio varia da ufficio giudiziario ad ufficio giudiziario, anche e soprattutto in considerazione del carico di lavoro che grava sull'UEPE e dei tempi che occorreranno per istruire la pratica. Lo stesso concetto di sospensione, d'altronde, mal si concilia con una risoluzione celere e concisa del processo: basti considerare che, ai sensi del comma 5 dell'articolo 464 *quater* c.p.p., il procedimento può restare sospeso fino ad un massimo di due anni quando si procede per reati per i quali è prevista una pena detentiva sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria e per un periodo non superiore ad un anno, quando si procede per reati per i quali è prevista la sola pena pecuniaria.

Pur non essendo disponibile un dato statistico complessivo del numero di udienze necessarie per giungere ad una sospensione del processo, è possibile adoperare un dato approssimativo desunto dai numerosi protocolli elaborati nei vari tribunali al fine di implementare l'applicazione dell'istituto. In tale sede, peraltro, si può soltanto segnalare che tali protocolli rappresentano un'ulteriore criticità gemmata da questo contrastato istituto, dal momento che l'implementazione negoziale cui si ispirano li pone in forte frizione con il principio costituzionale della riserva di legge⁴⁹⁰.

Dall'analisi degli stessi, in ogni caso, si evince che il rinvio per l'elaborazione del programma oscilla, a seconda dell'ufficio giudiziario, da un minimo di due mesi ad un massimo di almeno sei mesi. E così a Reggio Emilia è stato previsto un termine di due mesi, prorogabili per giustificati avanzati dall'UEPE, fino ad un massimo complessivo di quattro mesi; a Milano, a Firenze, a Trapani, Imperia, Terni il rinvio è invece di tre - quattro mesi; a Roma, a Monza, a Parma esso è non inferiore a tre mesi; a Lecco, va da cinque a sei mesi; a Venezia, il rinvio è di sei mesi mentre a Belluno di almeno sei mesi.

A tali termini, già di per sé evidentemente non compatibili con una finalità deflattiva del processo, va comunque cumulado l'eventuale rinvio necessario per citare la persona offesa, che deve essere obbligatoriamente sentita *ex art. 464 quater co. 1 c.p.p.* sull'istanza dell'imputato, ed il tempo che si renda eventualmente necessario *ex art. 464 quater co. 4 c.p.p.* per acquisire il consenso dell'imputato nel caso in cui il giudice ritenga opportuno modificare il programma.

Infine, una volta che il giudice dispone con ordinanza la sospensione, rinverrà ad un'udienza successiva rispetto al termine della durata della messa alla prova ed anche tale data varia da ufficio a ufficio, come si evince dai suddetti protocolli: si va dal "non oltre i due mesi" del Tribunale di Monza, ad almeno tre mesi dalla fine della messa alla prova a Milano, Venezia ed a Roma; ad Imperia l'udienza va fissata non oltre tre mesi dalla fine della messa alla prova; a Belluno il rinvio è ad un'udienza fissa da celebrare almeno sei mesi dopo la fine della messa alla prova.

⁴⁹⁰ Cfr. per una prima riflessione sul punto, BOVE V., *Brevi riflessioni su protocolli e linee guida: è a rischio il principio di legalità?*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 luglio 2015.

I dati, ancorché non statistici ma meramente approssimativi, permettono comunque di ritenere che la finalità deflattiva è completamente distonica rispetto alla struttura della sospensione del processo con messa alla prova. Piuttosto, l'obiettivo politico - criminale che essa si prefigge è quello di una decarcerizzazione per reati di media gravità, in un'ottica, dunque, astrattamente compatibile con la funzione di integrazione sociale della pena⁴⁹¹ desunta dalla Carta costituzionale. Già questo argomento dovrebbe essere sufficiente per considerare l'istituto come improntato ad una schietta natura sostanziale e non processuale.

Ma un'ulteriore conferma di ciò sembra desumibile dalla stessa giurisprudenza di legittimità, che a volte sembra consapevole della prevalente natura non processuale dell'istituto della sospensione del processo con messa alla prova. Tuttavia, la Corte di Cassazione ha talvolta valorizzato questa natura sostanziale *contra reum*, come nel caso in cui ha escluso la separazione dei procedimenti allorquando solo alcuni dei reati contestati all'imputato fossero suscettibili di sospensione *ex art. 168 bis c.p.* La Corte di Cassazione, con sent. 28 luglio 2016 n. 33057 testualmente ha affermato che «la sospensione non può essere disposta, previa separazione dei processi, soltanto per alcuni dei reati contestati per i quali sia possibile l'accesso al beneficio, in quanto la messa alla prova tende alla eliminazione completa delle tendenze antisociali del reo e sarebbe incompatibile con le finalità dell'istituto una rieducazione “parziale” (Sez. 2, Sentenza n. 14112 del 12/03/2015 Rv. 263125 - Sez. 5, Sentenza n. 5673 del 15/12/2014 - dep. 06/02/2015 - Rv. 262106).»

Ancorché in senso meno “punitivo” per il reo, anche le recenti Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 36272, Sorcinelli riconoscono all'istituto una prevalente natura sostanziale, affermando che «Questa nuova figura, di ispirazione anglosassone, realizza una rinuncia statuale alla potestà punitiva condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita e si connota per una accentuata dimensione processuale, che la colloca nell'ambito dei procedimenti speciali alternativi al giudizio (Corte cost., n. 240 del 2015). Ma di essa va riconosciuta, soprattutto, la natura sostanziale. Da un lato, nuovo rito speciale, in cui l'imputato che rinuncia al processo ordinario trova il vantaggio di un trattamento sanzionatorio non detentivo; dall'altro, istituto che persegue scopi specialpreventivi in una fase anticipata, in cui viene “infranta” la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto.” (...) In considerazione delle finalità specialpreventive perseguite dall'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova e, di conseguenza, del soddisfacimento delle esigenze di prevenzione generale tramite un trattamento che conserva i caratteri sanzionatori, seppure alternativi alla detenzione, risulta pertanto plausibile una sua applicazione anche a reati ritenuti astrattamente gravi.»

⁴⁹¹ Sul concetto di integrazione sociale della pena, magistralmente MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.

Un secondo argomento che milita a favore della natura sostanziale della norma in questione è quello che valorizza il contenuto del trattamento della messa alla prova. Questo sembra assurgere a pena a tutti gli effetti, sebbene più favorevole al reo rispetto alla mera detenzione.

La stessa Corte di Cassazione⁴⁹² ha riconosciuto che «il nuovo istituto della messa alla prova, introdotto nel processo penale ordinario dalla L. n. 67 del 2014, con cui si è introdotto un percorso del tutto alternativo rispetto all'accertamento giudiziale penale, non incida affatto sulla valutazione sociale del fatto, la cui valenza negativa rimane anzi il presupposto per imporre all'imputato, il quale ne abbia fatto esplicita richiesta, un programma di trattamento alla cui osservanza con esito positivo consegua l'estinzione del reato.»

D'altronde, molteplici indici testuali nella normativa codicistica e processualistica inducono a ritenere che il trattamento della sospensione del processo con messa alla prova sia una vera e propria pena o criptopena⁴⁹³, come è stata efficacemente definita.

In primo luogo, come sottolineato dalla dottrina che condivide la prevalente tendenza specialpreventiva dell'istituto⁴⁹⁴, il legislatore si riferisce ai parametri dell'art. 133 c.p. dettati in relazione alla commisurazione della pena per orientare la decisione del giudice di concedere la sospensione: questi, infatti, ai sensi dell'art. 133 c.p. deve reputare idoneo il programma di trattamento presentato ed effettuare una prognosi positiva che “l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati” (art. 464 *quater* co. 3 c.p.p.).

In secondo luogo l'art. 168 *bis* co. 2 c.p. fa riferimento alle “conseguenze derivanti dal reato”; la stessa estinzione del reato presuppone il suo previo accertamento ed è tra l'altro non condizionata *de futuro* come nel patteggiamento, proprio perché la sospensione del processo con messa alla prova costituisce ontologicamente una modalità alternativa di espiazione della pena.

Infine si trae conferma della natura sostanziale di pena della messa alla prova altresì dalla disposizione della revoca anticipata della sospensione (art. 168 *quater*, n. 2 c.p.) nella quale si menziona il “caso di commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo”⁴⁹⁵.

⁴⁹² Cass. pen., IV sez., sentenza del 30 settembre 2016n. 40907.

⁴⁹³ L'efficace definizione è di SPANGHER G., *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, Torino, 2015, 61, il quale afferma che «il recente rito [...] si configura come una richiesta unilaterale dell'imputato, condivisa dal giudice, [...] di anticipazione, rispetto al momento esecutivo, di una cripto-pena (a contenuto rieducativo, risarcitorio, riparatorio)».

⁴⁹⁴ BARTOLI R., *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 6, p. 661.

⁴⁹⁵ Argomento menzionato altresì dalla Relazione n. III/07/2014 del 5.5.2014, 4, dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione.

3.5. Una prospettiva de jure condendo: dalla sospensione del processo con messa alla prova ad una rinnovata sospensione (condizionale) della pena

Se si ritiene condivisibile, come a parere di scrive, che il trattamento connesso alla sospensione del processo con messa alla prova abbia natura sostanziale di pena, diventano tuttavia ancora più pregnanti i dubbi di legittimità costituzionale che affliggono un istituto che applica una pena a tutti gli effetti, anche se concordata con l'imputato, senza un pieno accertamento di responsabilità penale⁴⁹⁶.

Come già sostenuto da autorevole dottrina in relazione al patteggiamento⁴⁹⁷, non sarebbe compatibile con l'assetto costituzionale un istituto che depriva il giudice di un apprezzamento della correttezza o meno della definizione giuridica del fatto⁴⁹⁸ e di un controllo sulla congruità della pena concordata con quella finalità che la Costituzione ha reso centrale *ex art. 27 co. 3 Cost.*

Se ciò è vero, *a fortiori* non dovrebbe trovare cittadinanza nel sistema costituzionale un istituto che permette l'applicazione di una "criptopena" senza un accertamento positivo di responsabilità: per giunta, nel caso della sospensione del processo con messa alla prova non sembra reggere nemmeno l'*escamotage* elaborato dalla giurisprudenza a proposito del patteggiamento, in cui si ritiene soddisfacente una mera verifica in negativo dell'assenza di cause di non punibilità *lato sensu* intese *ex art. 129 c.p.p.*

⁴⁹⁶ Cfr. Tribunale di Grosseto che, con ordinanza del 10 marzo 2015 ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità sul regime della sospensione del processo con messa alla prova: «Sennonché, secondo il vigente ordinamento processuale e costituzionale, la irrogazione di qualsiasi trattamento sanzionatorio di diritto penale criminale - compreso quello che risulterebbe stabilito nella ordinanza di messa alla prova e la cui esecuzione anticipata darebbe luogo alla correlativa fattispecie estintiva del reato - postula l'indefettibile presupposto del convincimento del giudice in ordine alla responsabilità dell'imputato in relazione al reato per cui si procede.» L'indefettibilità del giudizio di colpevolezza ai fini della irrogazione delle sanzioni penali che danno luogo alla messa alla prova è stata dichiarata dalla stessa Corte cost. sentenza n. 125 del 5 aprile 1995 in tema di messa alla prova dell'imputato minorenni: «il convincimento del giudice in ordine alla responsabilità penale dell'imputato [...] costituisce [...] un presupposto logico essenziale del provvedimento dispositivo della messa alla prova» al punto che allo stesso giudice procedente compete di valutare caso per caso se le esigenze della fisiologica formazione dell'accertamento del fatto contestato comportino che, in ragione della inadeguatezza dei dati cognitivi attualmente disponibili nello stadio processuale in atto, «la sospensione non possa intervenire nella fase predibattimentale, occorrendo viceversa, affinché possa ritenersi adeguatamente formato quel convincimento, che il giudice tenga conto anche dell'istruzione dibattimentale». DELLA TORRE J., *I dubbi di legittimità costituzionale*, cit.; la Corte costituzionale ha, tuttavia, dichiarato manifestamente inammissibili le questioni sollevate dal Tribunale di Grosseto per difetto di rilevanza (Corte cost. ord. 21 settembre 2016, n. 237).

⁴⁹⁷ GALLO E., *Pena senza giudizio e giudizi costituzionali*, in *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998, 11 ss.

⁴⁹⁸ In relazione alla sospensione del processo con messa alla prova la giurisprudenza riconosce un potere del giudice di riquilibrare il fatto. Cfr. Cass., III sez., 3 febbraio 2016 n. 4527, secondo cui «non sembra dubitabile che il giudice possa procedere ad una valutazione del fatto ai fini di una sua più corretta qualificazione giuridica anche in funzione della verifica della ricorrenza delle condizioni previste dall'art. 168-bis cod. pen. (...) Ne è derivato l'accostamento del provvedimento che decide sulla sospensione per messa alla prova - anche di quello introdotto con l'art. 168-bis cod. pen. - alla sentenza di patteggiamento; quindi ad una decisione allo stato degli atti che reca l'accertamento dell'assenza di taluna delle cause di non punibilità menzionate dall'art. 129 cod. proc. pen. In tale orizzonte si pone anche l'eventuale derubricazione del reato, incontestabilmente nei poteri-doveri del giudice, al quale incombe l'obbligo di verificare la correttezza della qualificazione giuridica del fatto (*ex multis*, Sez. 2, n. 6859 del 21/01/2015 - dep. 17/02/2015, Pg in proc. Corvi, Rv. 262573)».

Come è stato acutamente sottolineato⁴⁹⁹, infatti, sotto questo profilo la compatibilità costituzionale della sospensione del processo con messa alla prova si pone in termini di maggiore gravità rispetto al patteggiamento, perché la prima non consiste in una rinuncia al contraddittorio processuale, bensì all'accertamento della responsabilità *tout court*: infatti nell'istituto *ex art. 168 bis c.p.* - a differenza del patteggiamento - la pena è scontata *in itinere*, e non al termine del processo.

Pur ritenendo necessario, dal punto di vista logico prim'ancora che giuridico, un accertamento della responsabilità del reo per il fatto causato, il reale problema è rappresentato dalla compatibilità costituzionale, prima, e dalla possibilità concreta, poi, per il giudice di effettuare tale giudizio di responsabilità *rebus sic stantibus*, senza sfociare in un «giudizio di colpevolezza esplicitamente o implicitamente formulato in maniera illogica e/o fittizia»⁵⁰⁰. Un'interpretazione in senso contrario espone inesorabilmente l'istituto alle censure di incostituzionalità, per violazione del principio di legalità della pena e della presunzione di non colpevolezza.

Al fine di configurare un istituto sospensivo funzionale alle istanze della Giustizia riparativa che, nel contempo, non si ponga in violazione con i suddetti principi costituzionali, si propone, *de jure condendo*, di ristrutturare la sospensione con messa alla prova come istituto sospensivo della pena e non del processo, se del caso affiancandola ad una forma “semplice” di sospensione condizionale, quest'ultima da riservare a fattispecie di scarso disvalore sociale realizzate da delinquenti primari, in chiave di non desocializzazione e di mera deflazione.

D'altronde, è ben noto e diffuso in diversi Paesi europei l'utilizzo della sospensione condizionale della pena come veicolo di *probation*⁵⁰¹: basti pensare al modello del *sursis avec mise à l'épreuve*⁵⁰² del diritto francese oppure alla *suspensión de la ejecución* prevista dall'art. 84 del codice penale spagnolo, così come modificato dalla *Ley Organica 1/2015*⁵⁰³.

D'altronde, l'attuale disciplina della sospensione condizionale della pena, frutto di un incessante lavoro del legislatore quale tratto tipizzante del diritto penale postmoderno, non appare completamente estranea ad una rifondazione in chiave riparativa. Il riferimento principale è chiaramente alla previsione di cui all'art. 165 c.p., che consente al giudice di condizionare la sospensione all'adempimento di obblighi e prescrizioni risarcitorie e riparatorie, nonché alla prestazione consensuale di attività non retribuite a favore della collettività. La disposizione - la cui applicazione è obbligatoria nel caso di seconda applicazione della sospensione - è funzionale a

⁴⁹⁹ FERRUA P., *op. cit.*, 187.

⁵⁰⁰ Cfr. ordinanza del 10 marzo 2015 del tribunale di Grosseto di remissione alla Corte costituzionale.

⁵⁰¹ FASSONE E., voce *Probation e affidamento in prova*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 784 ss.

⁵⁰² PALAZZO F., *Trasformazione o declino della sospensione condizionale della pena nel sistema penale italiano?*, in PALAZZO F. - BARTOLI R., *Certezza o flessibilità della pena*, Torino, 2007, 6.

⁵⁰³ AA.VV., *Alternatives to imprisonment. Identificazione e scambio di buone prassi*, M. Tosi - E. Corbari - G. Sandri (a cura di), Mantova, 2016.

recuperare un contenuto specialpreventivo e generalpreventivo positivo, allontanando la percezione della sospensione condizionale come mero atto di clemenza da parte del giudicante.

Tuttavia, è noto come nella prassi questa norma sia sostanzialmente negletta, sia per una ritrosia da parte degli organi giudicanti sia per oggettivi impedimenti normativi e fattuali.

In relazione al lavoro di pubblica utilità, un grosso ostacolo è rappresentato dalla difficile identificazione del momento in cui l'imputato dovrebbe manifestare la propria non opposizione al suo svolgimento: da un lato il giudice non può prima della condanna anticipare il suo giudizio, dall'altro appare quanto meno diseconomico immaginare una determinazione delle modalità di svolgimento del lavoro di pubblica utilità nella sentenza di condanna subordinato alla successiva ed eventuale acquiescenza del condannato⁵⁰⁴.

Anche con riguardo agli obblighi risarcitori e restitutori, che ad un'analisi superficiale dovrebbero presentare meno ostacoli, la giurisprudenza tende ad adottare atteggiamenti interpretativi formalistici e restrittivi, ritenendo necessario per l'imposizione di tali obblighi la costituzione di parte civile del danneggiato⁵⁰⁵.

Di analoga ispirazione *lato sensu* riparativa è la cosiddetta sospensione breve prevista dall'art. 163 co. 4 c.p.⁵⁰⁶ Nel caso di condanna a pena non superiore ad un anno, se prima della sentenza di primo grado sia stato interamente riparato il danno mediante il risarcimento e, se possibile la restituzione, nonché se il colpevole si sia spontaneamente ed efficacemente adoperato per elidere le conseguenze dannose o pericolose da lui eliminabili, dimostrando in ciò il suo ravvedimento, il termine di sospensione è ridotto ad un anno, velocizzando l'effetto estintivo del reato ai sensi dell'art. 167 c.p. Dunque, dagli esempi normativi menzionati si desume come una sospensione condizionale della pena orientata a finalità riparative trovi il suo centro nelle componenti di trattamento, ovvero nelle prescrizioni che corredano il meccanismo sospensivo.

Il tasso di *restorativeness* dipende, ovviamente, dalla attinenza di queste prescrizioni al danno civile e criminale prodotto dal reato, nonché dal coinvolgimento attivo della persona offesa e delle comunità a vario titolo attinte dal reato. In ogni caso la valorizzazione di tali componenti permetterebbe altresì di recuperare una razionalità intrinseca al sistema penale a favore della

⁵⁰⁴GATTA G. L., *Sub art. 165 c.p.*, in AA.VV., *Codice penale commentato*, E. Dolcini - G. Marinucci (a cura di), II, Milano, 2006, 1498 ss.

⁵⁰⁵In questo senso, da ultimo Cass. Pen., Sez. 2, sent. 18 dicembre 2013, n. 3958 (dep. 29.01.2014). Cfr. altresì GATTA G. L., *op. cit.*, 1501. Sotto quest'ultimo profilo, l'art. 168 *bis* c.p. lascia irrisolta la questione circa la necessità o meno della costituzione di parte civile perché il giudice possa includere nel programma di messa alla prova la prescrizione risarcitoria.

⁵⁰⁶Su cui cfr. PALAZZO F., *Trasformazione o declino della sospensione condizionale della pena nel sistema penale italiano?*, in PALAZZO F. - BARTOLI R., *Certezza o flessibilità della pena*, Torino, 2007, 13.

sospensione condizionale della pena, oggi piegata a finalità di pura deflazione carceraria che poco hanno a che fare con le reali funzioni della pena⁵⁰⁷.

Attraverso una rifondazione *de jure condendo* dell'istituto, le prescrizioni a corredo della sospensione non sarebbero intese come meri orpelli decorativi, per lo più negletti nella prassi, ma piuttosto si porrebbero in chiave strumentale all'attuazione di finalità riparative e risocializzanti. La stessa sospensione, lungi dall'essere una vuota parentesi temporale, si connoterebbe come contesto spazio - temporale in cui è offerta al reo la possibilità di un percorso trattamentale allo stesso tempo inclusivo delle esigenze della vittima e della comunità.

Volendo delineare in via generale le linee descrittive di una sospensione condizionale della pena "rafforzata" in senso riparativo, dunque, che voglia raccogliere le eredità positive dell'attuale sospensione del procedimento *ex art. 168 bis c.p.* senza cadere nei suoi *vulnera* di legittimità costituzionale, non potrebbe prescindere dalla prevista possibilità per il giudice di imporre obblighi risarcitori e/o riparativi delle conseguenze dannose o pericolose del reato, come *minimum* indispensabile per bilanciare afflittività e riparatività nell'economia dell'istituto.

Al fine di mantenere integra la struttura di *probation* e preservare un fisiologico grado di afflittività, il giudice dovrebbe inoltre conservare un potere di revoca nel caso in cui il comportamento del condannato appaia incompatibile con la prosecuzione della prova, per ripetute trasgressioni del programma trattamentale o per violazione delle prescrizioni.

D'altronde, la controllabilità giurisdizionale *in fieri* e la pregnanza sanzionatoria di una siffatta sospensione condizionale della pena - che non avrebbe, se non in senso lato, tra le sue finalità quella di evitare la desocializzazione dei delinquenti primari - potrebbe indurre il legislatore a delineare un ambito applicativo soggettivo che non escluda soggetti recidivi o delinquenti qualificati.

Per quanto concerne l'ambito applicativo oggettivo di questa sospensione condizionale della pena rinnovata in senso riparativo, non si condivide l'opinione di chi considera negativamente una delimitazione per tipologie di fattispecie, sostenendo che in questo modo non sarebbe valorizzato alcun legame tra la personalità del reo e la fattispecie astratta di reato⁵⁰⁸. Allo stesso tempo, non si ritiene altresì di concordare con quella parte della dottrina che ritiene un fuor d'opera la stessa delimitazione di un ambito normativo per gli istituti riparativi⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ FORNASARI G., *Riflessioni sulla disciplina della sospensione condizionale*, in *Critica del diritto*, 1, 2001, 56 ss.

⁵⁰⁸ BARTOLI R., *Contributo alla riforma degli istituti sospensivi*, cit., 98.

⁵⁰⁹ In relazione all'applicazione della Giustizia riparativa nella fase esecutiva della pena, cfr. VICOLI D., *La mediazione nel contesto della fase esecutiva: spunti per un inquadramento sistematico*, in *Cass. Pen.*, 1, 2015, 382 ss.; DELLA CASA F., *Affidamento al servizio sociale o pura e semplice "pay-back sanction"? Equivoci sul significato dell'art.47 co. 7 o.p.*, in *Leg. Pen.*, 2004, 384; ORLANDI R., *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo* (Atti del convegno, Urbino, 23-24 settembre 2005), 2007, 182.

In realtà, la selezione di un ambito applicativo di reati teleologicamente individuati sulla base della loro maggiore “sensibilità” ad un approccio riparativo non sembra un’idea da valutare negativamente; ciò a maggior ragione se si considera l’attuale esperienza della pratica giudiziale in tema di sospensione condizionale della pena, che si traduce in un clemenzialismo generalizzato, forse anche in ragione di presupposti applicativi limitati, tutto sommato, al *quantum* edittale. Inoltre, in una prospettiva sperimentale, immaginare un ambito applicativo normativamente delimitato appare forse la soluzione più congeniale all’attuale situazione ordinamentale, poco avvezza alla gestione di un istituto realmente ispirato alle finalità della Giustizia riparativa.

D’altronde, la stessa esperienza dell’art. 168 *bis* c.p. dimostra l’attenzione del legislatore verso una delineazione selettiva dell’ambito di un istituto la cui funzione non può comunque essere ridotta a quella di mera deflazione processuale e decarcerizzazione. Non si condivide, tuttavia, il criterio che ha indotto il legislatore a selezionare l’attuale ambito applicativo della sospensione condizionale con messa alla prova, animato, come già detto, da preoccupazioni prevalentemente securitarie. Piuttosto, un carattere che si ritiene imprescindibile per attuare processi di giustizia riparativa in un sistema ancora poco avvezzo alla stessa⁵¹⁰ - e che, pertanto, potrebbe assurgere *de jure condendo* a primo criterio delimitativo dell’ambito applicativo dell’istituto - è rappresentato dalla necessaria presenza di una persona offesa⁵¹¹.

Una reale funzionalizzazione della rinnovata sospensione condizionale in chiave riparativa dovrebbe, pertanto, contemplare una selezione di determinati reati coinvolgenti persone fisiche. Dovrebbero privilegiarsi quelle fattispecie di reato, non necessariamente lievi, che si incentrano su conflitti interindividuali e/o sociali palesi, la cui ricomposizione riesce ad essere maggiormente percepita sia dalla persona offesa in carne ed ossa che dalla comunità attinta dal reato. In tale opera selettiva appare evidente la necessità di un approccio interdisciplinare, tipico della sistematica penale integrata, che valorizzi il contributo metodologico e conoscitivo delle scienze sociologiche e criminologiche.

L’astratta possibilità di una *probation* nel caso in cui manchi del tutto una persona offesa, conseguenza dell’individuazione dell’ambito applicativo dell’istituto sulla base di un mero *quantum* edittale o di un elenco teleologicamente neutro di reati, sembra difficilmente compatibile con le finalità della Giustizia riparativa. Una *probation* per i cosiddetti reati vaganti, in cui la titolarità dell’interesse è del tutto indeterminata, oppure per i cosiddetti reati senza vittima⁵¹² o delitti ostacolo, in cui è lo stesso bene giuridico ad essere manchevole di quei caratteri necessari di

⁵¹⁰ Non si negano le potenzialità della Giustizia riparativa anche in relazione a fattispecie di reato ai danni di vittime collettive, su cui MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 22. per le quali, tuttavia, i tempi non sembrano ancora sufficientemente maturi.

⁵¹¹ AMARELLI G., *op. cit.*, 24.

⁵¹² Sull’esclusione soltanto di questi concorda ORLANDI R., *La mediazione penale*, cit., 177.

offendibilità e tutelabilità, sembra del tutto inidonea a svolgere gli scopi sottesi alla Giustizia riparativa. Né, d'altronde, l'approccio in chiave di Giustizia riparativa può rappresentare una sorta di "parafulmine", su cui scaricare i dilemmi dommatici e politico - criminali di categorie di reato fondatamente incompatibili con l'assetto costituzionale dei principi del diritto penale. Si tratterebbe di una riedizione, riveduta e corretta, di quell'annoso problema rappresentato dal *net - widening effect*, che sempre caratterizza gli istituti di Giustizia riparativa trapiantati nel sistema penale.

Tuttavia, qualora si valuti necessaria l'estensione di una forma di sospensione parzialmente riparativa anche a reati senza vittima - privilegiando i fattori di risocializzazione del reo a discapito di quelli *victim - oriented* - il lavoro di pubblica utilità sembra assurgere a strumento elettivo.

Si potrebbe, pertanto, valorizzare la recente esperienza della previsione del lavoro di pubblica utilità per i reati stradali⁵¹³ e per i fatti di piccolo spaccio commessi da tossicodipendenti⁵¹⁴ come base di partenza per una più compiuta sistematizzazione degli stessi in una cornice normativa più generale, che non disdegni la possibilità di introdurre il lavoro di pubblica utilità come sanzione principale, applicabile dal giudice della cognizione. D'altronde, questa possibilità era stata prevista dal legislatore delegante della l. 67 del 2014 che, all'art. 1 co. 1 lett. i) prevedeva per i reati per i quali è prevista la pena dell'arresto o della reclusione non superiore nel massimo a tre anni per i delitti per i quali è prevista la pena della reclusione tra i tre e i cinque anni il giudice, sentiti l'imputato e il pubblico ministero, possa applicare anche la sanzione del lavoro di pubblica utilità. Tuttavia, l'Esecutivo ha lasciato scadere la delega senza provvedere alla sua attuazione.

Nonostante la piena condivisione per l'introduzione del lavoro di pubblica utilità come sanzione autonoma occorre precisare che tale istituto, pur convogliando una riparazione simbolica verso la comunità lesa dal reato, prescinde completamente dalla valutazione delle esigenze della persona offesa - che, non a caso, può addirittura non esistere affatto in quanto persona in carne ed ossa - e pertanto non può essere annoverato di per sé all'interno della categoria degli istituti ispirati alle finalità della Giustizia riparativa.

L'applicazione del lavoro di pubblica utilità, "autonomo" o inserito in una cornice riparativa, non può prescindere dalla manifestazione di consenso da parte dell'imputato, in ragione del divieto di lavoro coatto di cui all'art. 4 CEDU, trattandosi di una prestazione personale implicante un coinvolgimento attivo della sua persona. La necessaria consensualità costituisce un chiaro tratto

⁵¹³ Ci si riferisce agli artt. 186 co. 9 *bis*, introdotto dall'art. 33 co. 1 lett. d) della l. 29 luglio 2010, n. 120, e 187 co. 8 *bis*, introdotto dall'art. 33 co. 3 della medesima legge.

⁵¹⁴ Ci si riferisce all'art. 73 co. 5 *bis* DPR 9 ottobre 1990, n. 309, la cui applicazione è stata estesa anche agli altri reati, pur compresi in una fascia di lieve entità, commessi da persona tossicodipendente in relazione alla propria condizione di dipendenza o di assuntore abituale di sostanze (art. 73 co. 5 *ter*, introdotto dall'art. 3 co. 1 d.l. 1 luglio 2013, n. 78, conv. con modifiche in l. 9 agosto 2013, n. 94, caducato a seguito della sentenza della Corte costituzionale in quanto norma presupponente il comma 5 dichiarato incostituzionale, ritornato in vigore in seguito alla reintroduzione della stessa norma).

distintivo del lavoro di pubblica utilità rispetto all'adempimento delle obbligazioni civilistiche ed all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, i quali sono intrinsecamente suscettibili di imposizione coattiva al reo da parte del giudice, purché, ovviamente, in presenza di una chiara base legale.

Dunque, nella delineazione delle caratteristiche essenziali di una sospensione condizionale rinnovata in chiave riparativa, l'intervento del legislatore dovrebbe avere altresì ad oggetto la regolazione della fase di manifestazione dell'assenso o dell'opposizione del condannato allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità. Posto che la non opposizione dovrebbe seguire la proposta del giudice di applicare la prestazione del lavoro di pubblica utilità - d'altronde, ad oggi anche il testo dell'art. 165 c.p. parla di non opposizione del "condannato" - appare opportuno introdurre una micro - fase processuale sulla falsariga di quanto l'art. 33 d. lgs. 274 del 2000 effettua in relazione al processo celebrato davanti al giudice di pace.

In questo sottosistema, infatti, si prevede che la non opposizione sia formalizzata subito dopo la lettura del dispositivo della sentenza di condanna, contenente l'indicazione del tipo e della durata del lavoro di pubblica utilità. Nella stessa udienza o, se sussistono giustificati motivi, in un'udienza appositamente fissata a distanza non superiore di dieci giorni, il giudice acquisisce la dichiarazione dell'imputato e nel caso integra il dispositivo. Un'eventuale opposizione del condannato in questa fase processuale consentirebbe al giudice di rideterminarsi in senso negativo circa la concessione della sospensione condizionale ovvero di modificare il tipo o le modalità dell'obbligo⁵¹⁵.

La principale differenza di una sospensione condizionale in chiave di *probation* rispetto all'attuale art. 165 c.p. è rappresentata dal coinvolgimento della persona offesa, completamente esclusa dall'attuale disciplina della sospensione condizionale della pena.

Non si ritiene opportuno, tuttavia, introdurre nelle prescrizioni della rinnovata sospensione condizionale della pena in senso riparativo un "invito" da parte del giudice alla mediazione. Non certo perché si nega l'elevato valore riparativo dei procedimenti di mediazione, anche e soprattutto in qualità di vettore formale attraverso il quale ridare "voce" alla vittima. Piuttosto perché la mediazione, sia dal punto di vista del reo che della persona offesa, non è compatibile con uno scenario ancorché implicito di coattività, evocato da una prescrizione giudiziale che si orientasse nel senso di sondare la praticabilità della mediazione.

⁵¹⁵ È la soluzione proposta da GATTA G. L., *op. cit.*, 1506, sebbene l'Autore la ritenga praticabile già *de jure condito* in relazione all'art. 165 c.p. in applicazione analogica. Si nutrono delle perplessità circa l'estensione analogica di una disposizione, contenuta in un micro-sistema caratterizzato da molteplici connotati di specialità, che prevede l'integrazione da parte del giudice penale di un dispositivo ormai esitato. La soluzione si scontra, infatti, con la tassatività delle modifiche al dispositivo, limitate, secondo la giurisprudenza maggioritaria, alla correzione di errori materiali non comportanti modificazioni essenziali, ai sensi dell'art. 130 c.p.p. Cfr. Cass., Sez. Un., 18 maggio 1994, n. 8.

A parere di chi scrive, le pratiche di mediazione dovrebbero trovare il loro ingresso nel processo penale attraverso ipotesi di sospensione del processo sulla falsariga dell'art. 29 co. 4 d. lgs. 274 del 2000, ovvero neutre dal punto di vista dei contenuti, che permettano alle parti che mutuamente la richiedano o vi acconsentano di elaborare una soluzione extraprocessuale del conflitto, il cui esito positivo dovrebbe poter essere valutato dal giudice ai fini di una decisione di non prosecuzione del processo.

Ciò non toglie che nell'alveo di una sospensione condizionale riparativa la persona offesa dovrà essere munita di robusti poteri di interlocuzione e di ascolto; né sarebbe un fuor d'opera la previsione di un istituto analogo ai *Victim Impact Statements (VIS)* di matrice anglosassone, tra l'altro caldeggiato dall'art. 46 della Direttiva 2012/29/UE⁵¹⁶.

Il *VIS* rappresenta una dichiarazione orale o scritta effettuata dalla vittima, attraverso la quale il giudice, dopo aver deliberato la condanna del reo, possa venire a conoscenza del punto di vista della vittima circa le conseguenze materiali e morali scaturite dalla sua esperienza di vittimizzazione. Si tratterebbe di un metodo, comunque non scevro da criticità, attraverso il quale coniugare le istanze della Giustizia riparativa con la cornice dei principi costituzionali del diritto penale, nella fase della commisurazione del trattamento sanzionatorio del reo, migliorandone la qualità e sottraendola all'attuale crogiuolo di intuizionismo e automatismo giudiziale.

Tuttavia, a differenza della mediazione che intrinsecamente necessita di un reciproco e libero consenso delle parti, non si ritiene condivisibile dotare la persona offesa di un vero e proprio potere di veto quanto alla sospensione condizionale riparativa *tout court*: la prescrizione tesa alla riparazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato e la prestazione di lavoro di pubblica utilità dovrebbero prevedere un potere di interlocuzione delle parti ma non certo un potere di veto da parte della persona offesa.

Al fine di evitare vittimizzazioni secondarie, inoltre, il giudice non potrà certo costringere la persona offesa a partecipare ad attività riparative che possano coinvolgerla. Ad esempio, anche volendo prescindere dalla previa costituzione di parte civile, il risarcimento del danno si situa in un'ottica marcatamente privatistica che lo rende assoggettato alla volontà collaborativa della persona offesa. D'altronde, ciò sembra confermato dall'attuale testo dell'art. 168 *bis* c.p. che, in relazione alla previsione dell'obbligazione risarcitoria, contempla l'inciso "ove possibile": questo inciso, oltre a correlarsi alle concrete condizioni economiche del reo, che devono permettere un risarcimento ai sensi della legge civile, potrebbe fare riferimento a condizioni di possibilità

⁵¹⁶ MANNOZZI G., *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 156 - 157; più diffusamente, cfr. MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 290 ss.

implicite nella volontà della persona offesa, sia sotto forma di costituzione di parte civile del danneggiato sia di più generale adesione all'offerta risarcitoria.

Tuttavia uno sbocco riparativo, ancorché di *second best*, dovrebbe essere assicurato al reo consenziente, anche se la vittima non è compliante. Le concrete possibilità di attuazione di questo principio sono le più disparate e non sempre reciprocamente escludenti: si può immaginare di valorizzare la seria e spontanea offerta risarcitoria del reo, pur non accettata dalla persona offesa danneggiata, quale indice di buona riuscita della *probation* oppure prevedere forme di riparazione vicarie o simboliche.

Dalle sopra menzionate linee direttrici di una rinnovata sospensione condizionale in senso riparativo si evince che un istituto così delineato presenterebbe un elevato tasso di potere discrezionale del giudice, sia nella fase dell'applicazione e della individuazione delle prescrizioni riparative sia nella valutazione della *probation*. Ciò sicuramente comporta un tasso di indeterminatezza legale, che si ritiene però imprescindibile in un'ottica di personalizzazione e individualizzazione del trattamento.

Tuttavia, tali esigenze dovranno essere opportunamente bilanciate con le *rationes* di garanzia del principio di legalità. Ciò non dovrebbe limitarsi ad una, scontata, delineazione legislativa dell'ambito applicativo oggettivo e soggettivo dell'istituto, secondo quanto già segnalato in precedenza.

Piuttosto la legge dovrebbe anche individuare le tipologie astratte di prescrizioni riparative (obbligazioni risarcitorie, lavoro di pubblica utilità, riparazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato) che il giudice sia chiamato a riempire di contenuto nel caso di specie. In secondo luogo sarebbe opportuna una cornice legale per la durata della sospensione, sulla falsariga del modello edittale comprensivo di un minimo ed un massimo nel cui ambito il giudice può esercitare la sua discrezionalità, a differenza dell'attuale art. 464 *quater* co. 5 c.p.p. che si limita a stabilire un periodo massimo, non superiore a due anni quando si procede per reati per i quali è prevista una pena detentiva, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria e non superiore a un anno quando si procede per reati per i quali è prevista la sola pena pecuniaria. D'altronde, è stato sottolineato che anche in un'ottica di *probation* è ragionevole che sia mantenuto un rapporto di proporzione tra consistenza afflittiva della sospensione e gravità del reato⁵¹⁷.

Sarebbe, infine, opportuno che la legge, in chiave esplicativa e finalistica, enunciasse il *τέλος* di rieducazione del reo e di ricomposizione del conflitto sotteso al reato cui dovrebbe tendere questa *probation* in chiave sospensiva della condanna. Questa enunciazione non solo porrebbe fine all'attuale "ambiguità finalistica" della sospensione del processo con messa alla prova, ma dovrebbe inserirsi in una più ampia cornice di indicazioni legislative, che precisino i criteri in base ai quali il

⁵¹⁷ PALAZZO F., *Trasformazione o declino della sospensione condizionale*, cit., 12.

giudice deve ispirarsi e gli elementi fattuali che egli deve valorizzare nell'opera di individualizzazione, di cui deve rendere conto in motivazione. D'altronde una corretta attuazione della finalità di integrazione sociale della pena, riletta in chiave riparativa, non può prescindere dalla controllabilità del potere giudiziario discrezionale.

Una configurazione nei termini finora descritti della sospensione condizionale della pena permetterebbe anche una più complessiva razionalizzazione del sistema sanzionatorio *in parte qua*, dal momento che tale istituto in sede di cognizione rappresenterebbe la cornice istituzionale per tutti quei casi, statisticamente prevalenti, che oggi trovano il loro sbocco nell'affidamento in prova al servizio sociale *ex art. 47 ord. pen. ab initio*, ovvero senza previa osservazione della personalità in istituto o detenzione. Tale forma di affidamento, infatti, lungi dal rappresentare il prototipo di misura alternativa alla detenzione in fase esecutiva, non costituisce altro che uno strumento sospensivo della pena prevalentemente diretto al riadattamento sociale del condannato⁵¹⁸.

Ad oggi tra sospensione condizionale della pena e affidamento in prova non esiste un reale coordinamento e ciò comporta potenziali distorsioni applicative, come quella per la quale, pur risultando simili i parametri applicativi, il reo potrebbe giovare dell'affidamento in prova *ab initio* anche in casi in cui è stata negata la sospensione condizionale della pena.

L'investimento in chiave riparativa di un istituto innestato nel processo di cognizione, inoltre, potrebbe indurre il legislatore a raccogliere il suggerimento di quella dottrina⁵¹⁹ che, al fine di neutralizzare la possibilità che l'intervallo di tempo tra la sentenza in primo grado e l'effettiva sospensione della pena connessa al suo passaggio in giudicato modifichi la personalità del reo, rendendo incongruente la sospensione, propone un modello processuale bifasico, sulla falsariga del *sentencing* anglosassone, in cui il giudice accerta in una prima fase i presupposti della responsabilità mentre successivamente analizza la personalità del reo in funzione dell'applicazione della pena o di altri istituti trattamentali.

3.6. Una prospettiva de jure condendo: dalla liberazione condizionale all'affidamento in prova ai servizi sociali, la rifondazione di una vera probation esecutiva

Secondo una parte della dottrina «La fase della esecuzione della pena, demandata alla competenza della magistratura di sorveglianza, costituisce, per la giustizia riparativa, il territorio di frontiera»⁵²⁰.

⁵¹⁸ BARTOLI R., *Contributo alla riforma degli istituti sospensivi della pena*, in PALAZZO F. - BARTOLI R., *Certezza o flessibilità della pena*, Torino, 2007, 38 - 39.

⁵¹⁹ Per tutti, cfr. BARTOLI R., *Contributo alla riforma degli istituti sospensivi*, cit., 76 - 77.

⁵²⁰ MANNOZZI G., *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 332.

Un siffatto carattere di frontiera si desumerebbe dal fatto che l'esecuzione della pena è incentrata sulla potenziale reintegrazione del reo nella comunità, mentre risultano del tutto assenti le logiche di *diversion* e sono soltanto marginali quelle di coinvolgimento della persona offesa, dal momento che nella maggior parte dei casi sarà trascorso un considerevole lasso di tempo tra la commissione del fatto e l'eventuale approccio riparativo. Un così elevato scarto temporale, secondo tale dottrina, ostacolerebbe approcci di tipo conciliativo perché questi avrebbero come oggetto situazioni conflittuali ormai incancrenite, più difficilmente ricomponibili, nelle quali spesso la vittima, autogestito il trauma patito, potrebbe aver già raggiunto un nuovo equilibrio esistenziale, che la proposta riparativa potrebbe destabilizzare, più o meno violentemente. Tra i caratteri che rendono complessa la convivenza tra fase esecutiva e Giustizia riparativa si sottolinea, infine, l'influenza coercitiva che la sentenza irrevocabile potrebbe esercitare sul reo, minando alla radice la sua spontanea adesione al percorso riparativo.

Ciò nonostante, le stesse voci che evocano l'apparente incompatibilità tra Giustizia riparativa e esecuzione penale comunque non negano l'esplicazione della prima all'interno degli istituti penitenziari, con una funzione di parametro predittivo del ravvedimento del reo⁵²¹.

A parere di chi scrive, la fase esecutiva presenta indubbie potenzialità, soprattutto *de jure condendo*, in ottica riparativa.

La scarsa incisività in termini deflattivi della Giustizia riparativa nella fase esecutiva non sembra un argomento di rilievo per sostenere la sua impraticabilità, giacché nei precedenti capitoli è stato già sottolineato il rapporto distonico tra Giustizia riparativa e funzioni diversive del processo, il che rende la critica sostanzialmente priva di fondamento.

Per converso, se la Giustizia riparativa ha come presupposti indefettibili il riconoscimento e l'assunzione di responsabilità in ordine alla commissione del reato da parte del suo autore, nella fase esecutiva della pena essa può sicuramente diffondere la sua efficacia, promuovendo percorsi rieducativi per gli autori che involgano atti di sostegno e riconoscimento delle vittime, in un'ottica mutuamente reintegratrice dei soggetti nella comunità.

La sentenza irrevocabile, attraverso l'accertamento giudiziale in essa cristallizzato, alimenta le possibilità che il condannato, nell'intraprendere un percorso di responsabilizzazione, riconosca l'offesa arrecata e la necessità di ripararla e, nello stesso tempo, getta le basi per un maggiore scambio comunicativo tra le parti. D'altronde, lo stesso art. 27 del Regolamento di esecuzione

⁵²¹ MANNOZZI G., *ibidem*; VICOLI D., *La mediazione nel contesto della fase esecutiva: spunti per un inquadramento sistematico*, in *Cass. Pen.*, 1, 2015, 382 ss. L'opinione è condivisa da una parte della giurisprudenza, come si evince dall'orientamento in tema di liberazione condizionale che assume il perdono della persona offesa come prerequisite del percorso rieducativo, affermando che non vi è ravvedimento senza pentimento, che a sua volta impone che si chiedo perdono alle vittime del reato (Cass., Sez. I, 29.5.2009, n. 26754, benché su tale profilo non vi sia uniformità di indirizzo: v. da ultimo Trib. Sorv. Milano, 26 marzo 2015, Redoli, inedita).

dell'ordinamento penitenziario (DPR 230 del 2000) al primo comma stabilisce che l'osservazione della personalità dei condannati deve implicare anche "...una riflessione sulle condotte antigiusuridiche poste in essere, sulle motivazioni e sulle conseguenze negative delle stesse per l'interessato medesimo e sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa".

La maggiore attenzione alla personalità del reo, tipico della fase esecutiva, permette inoltre di valorizzare le componenti più strettamente personali del fatto criminoso⁵²².

La stessa distanza temporale del percorso di Giustizia riparativa dalla commissione del fatto, per il quale il condannato stia scontando una pena detentiva, può essere addirittura opportuna rispetto a reati gravi per i quali non sia possibile ricorrere ad un istituto sospensivo della condanna, perché la distanza temporale consente al reo di maturare una maggiore consapevolezza dell'esistenza di una vittima e delle conseguenze da questa subite in ragione del verificarsi del reato⁵²³. D'altronde, tale distanza temporale risponde altresì ad esigenze di prevenzione integratrice positiva, dal momento che un'immediata risposta riparativa anche per reati efferati potrebbe comportare messaggi disgreganti per i consociati.

L'applicazione della Giustizia riparativa nella fase esecutiva dovrebbe concernere esclusivamente i casi per i quali il reo abbia già scontato una parte della pena: non solo per ragioni di prevenzione generale, data la maggiore gravità dei reati che dovrebbero venire in questione, ma altresì per evitare un'irragionevole sovrapposizione con gli istituti sospensivi orientati in chiave riparatoria che dovrebbero avere luogo in fase di cognizione.

De jure condito, il principale vettore normativo che convoglia gli istituti riparativi all'interno dell'esecuzione della pena è rappresentato dall'art. 47 co. 7 della legge 354 del 1975 sull'ordinamento penitenziario. L'originaria formulazione della norma prevedeva che nel verbale di sottoposizione all'affidamento in prova al servizio sociale il giudice potesse, in via eventuale, stabilire che l'affidato si adoperasse in favore della vittima del suo delitto.

Tale disposizione è stata modificata dall'art. 11 comma 7 della l. 10 ottobre 1986, n. 663, che ha previsto, in forma cogente, che nel predetto verbale deve anche stabilirsi che l'affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato. L'art. 11 l. cit. non solo ha reso così in ogni caso cogente e doveroso il percorso riparativo (o quanto meno la sua proposta) ma, anzi, ha esteso l'operatività della stessa previsione anche alla pena dell'arresto⁵²⁴.

L'art. 47 co. 7 presenta una formulazione ampia e generica, ma ciò che appare innegabile è che essa prevede lo svolgimento di un'attività di natura obbligatoria ed elastica, non necessariamente dal

⁵²² VICOLI D., *op. cit.*

⁵²³ MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 357.

⁵²⁴ MASTROPASQUA G., *I percorsi di Giustizia riparativa nell'esecuzione della pena*, in *Giur. merito*, 3, 2007, 881 ss.

contenuto patrimoniale. Inoltre, la norma è chiara nel sancire che la vittima del reato è l'esclusiva destinataria dell'attività riparatrice dell'affidato.

Se le attività riparatorie in parola sono concretamente ineseguibili per indisponibilità della vittima o per altra ragione, l'art. 47 co. 7 non contempla alcuna forma di riparazione simbolica o vicaria, come lo svolgimento di attività socialmente utili in favore di enti e soggetti diversi dalla vittima del reato, perché tali attività sostitutive sarebbero eterogenee e finalisticamente diverse rispetto a quelle "in favore della vittima".

La portata generica della norma non ha dato indicazioni sufficientemente cogenti alla magistratura di sorveglianza, che ha fornito una lettura alquanto sterile della norma, limitata sostanzialmente ai profili di reintegrazione economica nei confronti della vittima. Secondo un primo orientamento⁵²⁵ il risarcimento del danno, arrecato alla vittima del reato, è un elemento valutabile dal tribunale di sorveglianza ai fini della concessione dell'affidamento in prova ex art. 47 ord. pen., che però non può essere negata soltanto in ragione del mancato risarcimento.

Secondo un contrapposto orientamento⁵²⁶, invece, il risarcimento del danno derivante dal reato non costituisce un presupposto per accedere all'affidamento in prova, perché a tal fine il giudice di sorveglianza deve accertare la presenza di altri requisiti da cui poter desumere la potenzialità rieducativa della persona condannata e la prevenzione del rischio di recidiva⁵²⁷.

Un ulteriore istituto della fase esecutiva in cui sono attualmente possibili parziali valorizzazioni in chiave riparativa è rappresentato dalla liberazione condizionale. Il parametro rappresentato dal "sicuro ravvedimento" ex art. 176 c.p., nonché l'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato, a meno che il condannato non dimostri la sua impossibilità di adempiere, fanno sì che l'istituto della liberazione condizionale conservi *in nuce* un tenore riparativo, probabilmente in parte inespresso.

Gli stessi orientamenti della giurisprudenza, infatti, non mancano di valorizzare l'interesse del reo verso le vittime del reato e la sua fattiva intenzione di riparare le conseguenze dannose o pericolose della propria condotta come indice saliente nella valutazione del sicuro ravvedimento. Inoltre, come è noto, il liberato sotto condizione è comunque sottoposto alla misura di sicurezza della libertà vigilata e assistita ai sensi dell'art. 230 co. 1 n. 2) c.p., il che rende la causa di estinzione della pena alquanto analoga alla misura alternativa prevista dall'art. 47 ord. pen.

Indubbiamente la maggiore diffusione di una *Kultur* della riparazione nel ceto giudicante potrebbe indurre ad interpretazioni degli sparuti indici normativi presenti sia nell'affidamento in prova al

⁵²⁵ Cass. pen., sent. 15 dicembre 2000, n. 6725, Veneziano; Cass. pen., sent. 17 giugno 1998, n. 3572, Castellano; Cass. pen., sent. 11 novembre 1994, n. 5273, Violante.

⁵²⁶ Cass. pen., sent. 28 aprile 2003, n. 23749, Carisi; Cass. pen., sent. 8 marzo 2001, n. 15098, Gammaidoni; Cass. pen., sent. 9 luglio 2001, n. 30785, Iegiani.

⁵²⁷ MASTROPASQUA G., *I percorsi di Giustizia riparativa nell'esecuzione della pena*, in *Giur. merito*, 3, 2007, 881 ss.

servizio sociale sia nella liberazione condizionale finalizzate ad una maggiore sperimentazione, che contribuiscano a configurare una vera e propria *probation* in chiave esecutiva.

Tuttavia sarebbe essenziale, per esigenze di maggiore chiarezza e di parità di trattamento, che il legislatore intervenisse ampliando e specificando il *genus* degli obblighi riparativi, includendo altresì prestazioni riparatorie e/o simboliche verso la collettività; inoltre, affinché i suddetti istituti siano realmente fedeli all'ideale riparativo il legislatore dovrebbe prevedere più robuste prerogative della persona offesa, al fine di normativizzare un maggiore coinvolgimento attivo della stessa nella stesura del percorso riparativo *post - trial*.

Al netto di ciò, una rifondazione in chiave riparativa della fase esecutiva della pena potrebbe rappresentare altresì un fattore ordinante nell'attuale caos normativo, attraverso una *reductio ad unum* di istituti attualmente dotati di funzioni politico - criminali simili ma statuti dogmatici diversi. Come è stato sottolineato da illustre dottrina⁵²⁸, l'ideale riparativo potrebbe fungere da linea - guida per il legislatore nella configurazione di una *probation* esecutiva che fondi insieme liberazione condizionale ed affidamento in prova al servizio sociale (quest'ultimo, come enunciato nel paragrafo precedente, dovrebbe essere depurato della sua tendenza "esorbitante" nella fase della cognizione, appannaggio della sospensione condizionale della pena in chiave riparativa).

Questa rinnovata liberazione condizionale come strumento di *probation* dovrebbe essere caratterizzata dalla concessione subordinata alla valutazione in ordine alla circostanza che le prescrizioni e i controlli appaiono sufficienti e idonei a risocializzare il reo e a non commettere ulteriori reati, nonché subordinata alle restituzioni o al risarcimento del danno, salvo che il condannato dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempiere. Inoltre, non dovrebbe mancare l'apporto dei servizi sociali, "ereditato" dall'attuale misura alternativa dell'affidamento in prova ma, come è stato già detto, presente anche nella liberazione condizionale sotto forma di libertà vigilata e assistita.

Ovviamente, forse in misura ancora maggiore rispetto agli istituti sospensivi nella fase della cognizione, una buona riuscita dell'implementazione di istituti riparativi nella fase dell'esecuzione penale passa necessariamente attraverso un più rigoroso apparato di controlli sul rispetto degli obblighi e dei divieti e di maggiori risorse negli uffici di esecuzione penale esterna.

⁵²⁸ BARTOLI R., *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in *diritto penale contemporaneo*, 12 maggio 2016, 9.

Bibliografia

1. AERTSEN I. – MAC KAY R. – PELIKAN C. – WILLEMSSENS J. – WRIGHT M., *Rebuilding community connections - Mediation and Restorative Justice in Europe*, Strasburgo, 2004.
2. ALBANO V., *La parola all'accusato: la ricerca della confessione*, in *Giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, S. Moccia (a cura di), Napoli, 1998, 195 ss.
3. AMARELLI G., *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro*, Napoli, 2008.
4. ANDENAES J., *General Prevention Revisited: Research and Policy Implications*, in *Journal of Criminal law and Criminology*, 1975, 66, 338 ss.
5. ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.
6. ANTOLISEI F., *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930.
7. AA.VV., *Alternatives to imprisonment. Identificazione e scambio di buone prassi*, M. Tosi - E. Corbari - G. Sandri (a cura di), Mantova, 2016.
8. AA.VV., *Restorative Justice: an agenda for Europe Supporting the implementation of Restorative Justice in the South of Europe*, Final report of AGIS Project JLS/2006/AGIS/147, a cura di C. Casado Coronas, 2006, reperibile in http://euforumrj.org/assets/upload/Going_South_Report.pdf.
9. AA.VV., *Victim Offender Mediation with Youth Offenders in Europe. An Overview and Comparison of 15 Countries*, A. Mestitz - S. Ghetti (a cura di), Dordrecht, 2005.
10. ASHWORTH A., *Responsibilities, rights and restorative justice*, in *Brit. J. of Criminol.* 42, 2002, 578 ss.
11. BAFFI E., *Giustizia contrattata: dalla bottega al mercato globale*, in *La Giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, S. Moccia (a cura di), Napoli, 1998, 191 ss.
12. BALBI G., *Società paranoiche e diritto penale*, in *Critica del diritto*, 3/4, 2012, 435 ss.
13. BALSAMO A., *La Corte europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva*, 1396 ss.
14. BARATTA A., *Sistema penale ed emarginazione sociale. Per la critica dell'ideologia del trattamento*, in *La questione criminale*, 1976, 237 ss.
15. BARNETT R. E. - HAGEL J., *Assessing the Criminal: Restitution, Retribution and the Legal Process*, in R. E. Barnett - J. Hagel III (a cura di), *Assessing the Criminal: Restitution, Retribution, and the Legal Process*, Cambridge, 1977, 27.
16. BARTOLI R., *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2016, 96 ss.
17. BARTOLI R., *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in *diritto penale contemporaneo*, 12 maggio 2016.

18. BARTOLI R., *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 6, 660 ss.
19. BARTOLI R., *Contributo alla riforma degli istituti sospensivi della pena*, in PALAZZO F. - BARTOLI R., *Certezza o flessibilità della pena*, Torino, 2007, 25 ss.
20. BARTOLI R., *Le definizioni alternative del procedimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 172 ss.
21. BASCO M. G. - DE GENNARO S., *La messa alla prova nel processo penale minorile*, Torino, 1997.
22. BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010.
23. BAZEMORE G. - MARUNA S., *Restorative Justice in the Reentry Context: Building New Theory and Expanding the Evidence Base*, in *Victims and Offenders*, 2009, 4,4, 375 ss.
24. BAZEMORE G. - WASHINGTON C., *Charting the Future of the Juvenile Justice System: Reinventing Mission and Management*, 1995.
25. BAZEMORE G. - M. UMBREIT, *Balanced and Restorative Justice: Program Summary: Balanced and Restorative Justice Project*, Washington, D.C., U.S., 1994.
26. BODEL R., *Tragedia e conflitto. I dilemmi dell'agire*, in AA.VV., *Metamorfosi del tragico tra classico e moderno*, Bari, 1991, 41 ss.
27. BONTA J. - WALLACE - CAPRETTA S. - ROONEY J., *Restorative Justice: An evaluation of the Restorative Resolutions Project*, Ottawa, Canada, 1998.
28. BOTTOMS A., *Some sociological reflections on Restorative Justice*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, Von Hirsch A. - Roberts J. - Bottoms A. E. - Roach K. - Schiff M. (a cura di), Oxford e Portland, 2003, 79 ss.
29. BOUCHARD M., *La mediazione: una terza via per la giustizia penale*, in *Questione Giustizia*, 3-4, 1992, 772 ss.
30. BOVE V., *Brevi riflessioni su protocolli e linee guida: è a rischio il principio di legalità?*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 luglio 2015.
31. BOVE V. - MUZZICA R., *La giustizia riparativa: uno strumento (anche) per il Tribunale ordinario di merito?*, in *Nuove esperienze di giustizia minorile e di comunità - Unico 2015*, A. Scalfati (a cura di), Roma, 2016, 41 ss.
32. BRAITHWAITE J., *Principles of Restorative Justice*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, Von Hirsch A. - Roberts J. - Bottoms A. E. - Roach K. - Schiff M. (a cura di), Oxford e Portland, 2003, 1 ss.
33. BRAITHWAITE J., *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford, 2002.
34. BRAITHWAITE J., *Setting standards for Restorative Justice*, in *Brit. J. Criminol.*, 2002, 42, 563 ss.
35. BRAITHWAITE J., *The new regulatory State and the transformation of Criminology*, in *Brit. J. Criminol.*, 40, 2000, 222 ss.
36. BRAITHWAITE J., *Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts*, in *Crime and Justice*, 1999, 25, 1 ss.
37. BRAITHWAITE J., *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, 1989.
38. BRICOLA F., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 12 ss.
39. BRICOLA F., *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, in *Foro it.*, 108, 1, 1985, 1 ss.
40. BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, XIX, 1973, 82 ss.
41. CAPRIOLI F., *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 7 ss.
42. CARNELUTTI F., *Il danno e il reato*, Padova, 1930.

43. CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1871.
44. CATTANEO M., *Diritto penale: filosofia non politica*, in *Giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, S. Moccia (a cura di), Napoli, 1998, 30 ss.
45. CAVALIERE A., *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione, diritto e processo penale*, G. Giostra - G. Insolera (a cura di), Milano, 1998, 133 ss.
46. CERETTI A., *Quale perdono è possibile donare? Riflessioni intorno alla commissione per la verità e la riconciliazione sudafricana*, in *Dignitas*, 6, 2004, 32 ss.
47. CERTOSINO D., *Mediazione e giustizia penale*, Bari, 2015.
48. CHIAVARIO M., *Sospensione del processo penale*, in *Enc. Giur.*, XXX, Roma, 1993, 3 ss.
49. CHRISTIE N., *Limits to Pain*, Oslo, 1991.
50. CHRISTIE N., *Conflicts as Property*, in *Brit. J. Criminol.*, 1977, 17, 1 ss.
51. COCCO G., *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, in *diritto penale contemporaneo*, 26 marzo 2014.
52. COHEN A. K., *Delinquent Boys: The Culture of the Gang*, Glencoe, 1955.
53. COLAMUSSI M. - MESTITZ A., voce *Giustizia riparativa* (Restorative Justice), in *Dig. Disc. Pen.*, Agg. V, Torino, 2010, 423 ss.
54. COLAMUSSI M. - A. MESTITZ, voce *Mediazione penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. V, 2010, 547 ss.
55. COLOMBO G., *La giustizia riparativa può essere sistema?*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, G. Mannozi - G. A. Lodigiani (a cura di), Bologna, 2015, 67 ss.
56. CORDERO F., *Procedura Penale*, Milano, 2012, 243 ss.
57. CORNACCHIA L., *Vittime e Giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2013, 1760 ss.
58. COZZOLINO L., *Ravvedimento operoso e circostanza attenuante della riparazione del danno, di cui all'art. 62, comma 1, n. 6*, in *Nel diritto*, 1, 2014, 57 ss.
59. CROWE A. H., *Restorative Justice and offender rehabilitation: A meeting of the minds*, in *Perspectives: Journal of the American Probation and Parole Association*, 1998, 22, 28 ss.
60. DALY K., *Conferencing in Australia and New Zealand: Variations, research findings, and prospects*, in *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, A. Morris - G. Maxwell (a cura di), Oxford, 2001, 59 ss.
61. DAVIGO P., *La giustizia riparativa nella visione della magistratura: risorsa o rischio?*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, G. Mannozi - G. A. Lodigiani (a cura di), Bologna, 2015, 179 ss.
62. D'AMATO S., *Funzione della pena e giustizia riparativa*, in AA.VV., *L'ombra di Caino*, Salerno, 2012, 35 ss.
63. DE AMICIS G., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio; prime riflessioni sugli effetti della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento interno*, in *diritto penale contemporaneo*, 2014, 3-4, 201 ss.
64. DELLA CASA F., *Affidamento al servizio sociale o pura e semplice "pay-back sanction"? Equivoci sul significato dell'art.47 co.7 o.p.*, in *Leg. Pen.*, 2004, 340 ss.
65. DELLA TORRE J., *I dubbi di legittimità costituzionale del probation processuale: molteplici le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 febbraio 2016.
66. DEL VECCHIO F., *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla direttiva 2012/29/UE*, in *diritto penale contemporaneo*, 11 aprile 2016.
67. DE VITO R., *La scommessa della messa alla prova dell'adulto*, in *Questione Giustizia*, n. 6/2013, 6.

68. DI MARTINO A., *La sequenza infranta: profili della dissociazione tra reato e pena*, Pisa, 1998.
69. DICKSON GILMORE E. J., *Finding the Ways of the Ancestors: Cultural Change and the Invention of Tradition in the Development of Separate Legal Systems*, in *Canadian Journal of Criminology*, 1992, 34(3-4), 479 ss.
70. DIGNAN J., *Understanding victims and restorative justice*, Maidenhead, 2005.
71. DIGNAN J. - LOWEY K., *Restorative Justice Options for Northern Ireland: A Comparative Review*, Belfast, 2001.
72. DIGNAN J. - MARSH P., *Restorative Justice and Family Group Conferencing in England: Current State and Future Prospects*, in *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, A. Morris - G. Maxwell (a cura di), Oxford, 2001, 85 ss.
73. DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979.
74. DONINI M., *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, G. Mannozi - G. A. Lodigiani (a cura di), Bologna, 2015, 148 ss.
75. DONINI M., *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. II, D. Brunelli (a cura di), Napoli, 2011, 889 ss.
76. DUFF A., *Restoration and Retribution*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, Von Hirsch A. - Roberts J. - Bottoms A. E. - Roach K. - Schiff M. (a cura di), Oxford e Portland, 2003, 44 ss.
77. ECOSOC, *Resolution 2002/12: Basic principles on the use of RJ programmes in Criminal Justice matters*, reperibile in <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>.
78. EGLASH, A., *Beyond Restitution: Creative Restitution*, in *Restitution in Criminal Justice*, J. Hudson - B. Galaway (a cura di), Lexington, 1975.
79. EVANS, J., *Integrating victims into restorative justice*, in *Practice*, 2006, 18(4), 279 ss.
80. EUSEBI L., *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, G. Mannozi - G. A. Lodigiani (a cura di), Bologna, 2015, 116 ss.
81. EUSEBI L., *Profili della finalità conciliativa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci. Teoria della pena, teoria del reato*, Milano, 2006, 1118.
82. EUSEBI L., *Giustizia conciliativa e discrezionalità nel sistema penale*, in *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, L. Picotti - G. Spangher (a cura di), Milano, 2002, 55 ss.
83. EUSEBI L., *Dibattiti sulle teorie della pena e mediazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 811 ss.
84. EUSEBI L., *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1989.
85. FANCHIOTTI V., voce *Processo penale statunitense*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, I, Milano, 808 ss.
86. FASSONE E., voce *Probation e affidamento in prova*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 784 ss.
87. FERRANTI D., *Strumenti di tutela processuale per la vittima del reato. Sguardo di insieme sulle recenti innovazioni alla luce dell'attuazione della direttiva 2012/29/UE*, in *diritto penale contemporaneo*, 29 gennaio 2016.
88. FERREIRA MONTE M., *Diritto penale riparativo*, in *Criminalia*, 2013, 32 ss.
89. FERRUA P., *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in M. Daniele - P. P. Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, 2015, p. 181 ss.
90. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale, Parte generale*, 6ª ed., Bologna, 2009.

91. FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, 3^a ed., Milano, 2013.
92. FIORE S., *Verso una "degiurisdizionalizzazione" del sistema penale*, in *Giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, S. Moccia (a cura di), Napoli, 1998, 185 ss.
93. FIORE C., *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966.
94. FLICK G.M. - NAPOLEONI V., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? "Materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte Edu del 4 marzo 2014 sul market abuse*, in www.aic.it, 3, 2014.
95. FLORA G., *Risarcimento del danno e conciliazione: presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, in L. Picotti - G. Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale conciliativa: il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, 2002, 153.
96. FODDAI M. A., *Responsabilità e giustizia riparativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2016, 1703 ss.
97. FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999.
98. FORNASARI G., *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, in *Verso una giustizia penale "conciliativa": il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, L. Picotti - G. Spangher (a cura di), Milano, 2002, 70 ss.
99. FORNASARI G., *Riflessioni sulla disciplina della sospensione condizionale*, in *Critica del diritto*, 1, 2001, 56 ss.
100. FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000.
101. FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, 1975, trad. it. A. Tarchetti, Milano, 2005.
102. FULLER L., *The Morality of Law*, New Haven: Conn., 1964.
103. GAL T. - MOYAL S., *Juvenile victims in Restorative Justice: findings from the Reintegrative Shaming Experiments*, in *Brit. J. Criminol.*, 51, 2011, 1014 ss.
104. GALGANO F., *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contratto e impresa*, 1987, 532.
105. GALLO E., *Pena senza giudizio e giudizi costituzionali*, in *Giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, S. Moccia (a cura di), Napoli, 1998, 11 ss.
106. GATTA G. L., *Sub art. 165 c.p.*, in AA.VV., *Codice penale commentato*, E. Dolcini - G. Marinucci (a cura di), II, Milano, 2006, 1498 ss.
107. GARGANI A., *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di 'riforma della disciplina sanzionatoria'*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2015, 1 ss.
108. GAROFALO R., *Riparazione alle vittime del delitto*, Torino, 1887.
109. GATTA G., *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili, una riforma storica*, in *diritto penale contemporaneo*, 25 gennaio 2016.
110. GAZZONI F., *Manuale di Diritto privato*, XVI ed., Napoli, 2013.
111. GOLDGEIR J. - McFAUL M., *A Tale of Two Worlds: Core and Periphery in the Post-Cold War Era*, in *International Organization*, 1992, 46, 467 ss.
112. GRILLO P., *Gli spazi operativi della mediazione penale nel procedimento davanti al giudice di pace e al tribunale in composizione monocratica*, in *Giur. di Merito*, 2013, 1, 6 ss.
113. GUERINI I., *In claris (non) fit interpretatio? Le Sezioni unite in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 novembre 2016.
114. GULLOTTA G., *La vittima*, Milano, 1976.
115. J. JOHNSTONE, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates*, Routledge, 2002.

116. HABERMAS J., *La teoria dell'agire comunicativo*, tr. it. di P. Rinaudo, Bologna, 1986.
117. HEE JOO K. - JURG G., *Evaluating the process of a Restorative Justice Conference: an examination of factors that lead to reintegrative shaming*, in *Asia Pacific Journal of Police and Criminal Justice*, 8, 2, 2010.
118. HEIDENSOHN F., *Models of Justice: Portia or Persephone? Some Thoughts on Equality, Fairness and Gender in the Field of Criminal Justice*, in *International Journal of the Sociology of Law*, 1986, 14, 287 ss.
119. HOPE T., *Community Crime Prevention*, in *Building a Safer Society: Strategic Approaches to Crime Prevention*, M. Tonry - D. P. Farrington (a cura di), *Crime and Justice: A Review of Research*, vol. 19, a cura di M. Tonry, Chicago, 1995.
120. HUDSON B., *Restorative Justice: The Challenge of Sexual and Racial Violence*, in *Journal of Law and Society*, 25, 2, 1998, 237 ss.
121. KANT I., *La metafisica dei costumi*, trad. it. G. VIDARI, Bari, 1970.
122. KELLY R., *From Scoundrel to Scholar. The Russ Kelly Story*, Ontario, 2006.
123. Kelsen H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 1945, Milano, 1959, 296.
124. KILCHING M. - PARLATO L., *Nuove prospettive per la Restorative Justice in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un "diritto alla mediazione"? Germania e Italia a confronto*, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 4190
125. KIM H. J. – GERBER J., *Evaluating the process of a restorative justice conference: an examination of factors that lead to reintegrative shaming*, in *Asia Pacific Journal of Police & Criminal Justice*, 2010, 8, 2 ss.
126. KURKI L., *Evaluating Restorative Practices*, in *Restorative Justice and Criminal Justice*, A. Von Hirsch - J. V. Roberts - A. E. Bottoms - K. Roach - M. Schiff (a cura di), 2003, 293.
127. KURKI L., *Restorative and Community Justice in the United States*, *Crime and Justice*, 27, 2000, 235 ss.
128. KYMLICKA W., *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999.
129. LANZA E., *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenne*, Milano, 2003, 48 ss.
130. LATAGLIATA R., *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958.
131. LATIMER J. - DOWDEN C. - MUISE D., *The effectiveness of Restorative Justice practices: a meta - analysis*, in *The Prison Journal*, 85, 2, 2005, 127 ss.
132. LEONCINI I., *La pena del lavoro di pubblica utilità: problematiche applicative*, in *Arch. Giur.*, 2003, 395.
133. LILLES H., *Circle Sentencing: Part of the Restorative Justice Continuum*, in *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, a cura di A. Morris - G. Maxwell, Oxford, 2001, 161.
134. LIPARI N., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.
135. LODIGIANI G. A., *Alla scoperta della giustizia riparativa. Un'indagine multidisciplinare*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, G. Mannozi - G. A. Lodigiani (a cura di), Bologna, 2015, 13 ss.
136. LODIGIANI G. A., *La prospettiva del rendere giustizia nel canone scritturistico ebraico - cristiano*, in *Themis - Rivista giuridica*, 3, 2011, 9, 41 ss.
137. LOSANA C., *Commento all'art. 28 D.P.R. 448/1988*, in *Commento al codice di procedura penale, Leggi collegate*, M. Chiavario (a cura di), Torino, 1994, 312 ss.
138. LUCARELLI A., *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, Fasc.3/2014, in <http://www.costituzionalismo.it/articoli/492/>, 13 ss.
139. MAIELLO V., *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione tra questioni risolte ed ancora aperte*, in *Foro napoletano*, 2012.

140. MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.
141. MANNA A., *Il risarcimento del danno tra diritto civile e diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1991, 591 ss.
142. MANNOZZI G., *Alla scoperta della Giustizia riparativa. Un'indagine multidisciplinare*, G. Mannozi - G. A. Lodigiani (a cura di), Bologna, 2015, 13 ss.
143. MANNOZZI G., *La "visione" di Raffaello: giustizia, filosofia, poesia e teologia, Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, G. Mannozi - G. A. Lodigiani (a cura di), Bologna, 2015, 225 ss.
144. MANNOZZI G., *Traduzione e interpretazione giuridica nel multilinguismo europeo: il caso paradigmatico del termine «Giustizia Riparativa» e delle sue origini storico - giuridiche e linguistiche*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1, 2015, 137 ss.
145. MANNOZZI G., *Giustizia penale e giustizia riparativa: alternative o destini incrociati?*, in *Themis - Rivista giuridica*, III, 2011, n. 9, p. 37.
146. MANNOZZI G., *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003.
147. MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017.
148. MANNOZZI G. - LODIGIANI A., *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico - didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 136 ss.
149. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Vicenza, 2015.
150. MARANDOLA A., *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 676 ss.
151. MARSHALL T., *The Evolution of Restorative Justice in Britain*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 4/4, 1996, 37 ss.
152. MARSHALL T. F., *Restorative Justice on Trial in Britain*, in *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation-International Research Perspectives*, H. Messmer - H. U. Otto (a cura di), Dordrecht e Boston, 1992.
153. MARTUCCI P., voce *Mediazione penale*, in *Enc. Giur.*, Agg., 2005, XIX, 1 ss.
154. MARUSCHAK L.M. - PARKS E., *Probation and Parole in the United States*, Bureau of Justice Statistics, novembre 2012.
155. MARZADURI E., *L'attribuzione di competenze penali al giudice di pace: un primo passo verso un sistema penale della conciliazione?*, in *Giudice di pace e processo penale*, M. Chiavario - E. Marzaduri (a cura di), Torino, 2002, 9.
156. MASIERI C., *Decriminalizzazione e ricorso alla "sanzione pecuniaria civile"*, in *diritto penale contemporaneo*, 1 aprile 2015.
157. MASTERS G. - SMITH D., *Portia and Persephone Revisited: Thinking about Feeling in Criminal Justice*, in *Theoretical Criminology*, 1998, 2,5, 28 ss.
158. MASTROPASQUA G., *I percorsi di Giustizia riparativa nell'esecuzione della pena*, in *Giur. merito*, 3, 2007, 881 ss.
159. MATZA D., *Delinquency and Drift*, New York, 1964.
160. MATTEVI E. - MENGHINI A., *Recenti orientamenti sul lavoro di pubblica utilità*, note a margine dell'ordinanza del Tribunale di Palermo di data 3 agosto 2013, in www.penalecontemporaneo.it, 28 marzo 2014.
161. MAUGERI A. M., *Le moderne sanzioni penali tra funzionalità e garantismo*, Catania, 2001.
162. MAZZACUVA F., *La materia penale e il doppio binario della Corte Europea; le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1899 ss.
163. MAZZACUVA F., *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza di Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1540 ss.

164. MAZZUCATO C., *Ostacoli e "pietre di inciampo" nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, G. Mannozi - G. A. Lodigiani (a cura di), Bologna, 2015, 119 ss.
165. MAZZUCCATO C., *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, in L. Picotti - G. Spangher (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, 2005, 139 ss.
166. MAZZUCATO C., *Scenari giuridici per le pratiche di mediazione e giustizia riparativa in ambito penale nell'ordinamento vigente*, in *Dignitas. Percorsi di carcere e giustizia*, 2, 2003, 62.
167. MESTITZ A. - COLAMUSSI M., *Messa alla prova e restorative justice*, in *Minori Giustizia*, 2000, 223 ss.
168. MC COLD P., *A Survey of Assessment Research on Mediation and Conferencing*, in *Repositioning Restorative Justice*, L. Walgrave (a cura di), Cullompton: Devon, 2003, 95 ss.
169. MC COLD P., *What is the role of community in Restorative Justice practices?*, in *Critical issues in Restorative Justice*, H. Zehr - B. Toews (a cura di), Cullompton, 2003, 155 ss.
170. MC COLD P., *Primary Restorative Justice Practices*, in *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, A. Morris - G. Maxwell (a cura di), Oxford, 2001, 41 ss.
171. MC COLD P., *Toward a Holistic Vision of Restorative Juvenile Justice: A Replay to the Maximalist Model*, in *Contemporary Justice Review*, 3 (4), 2000, 393 ss.
172. MEZZETTI E., *Nuove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o conciliativa*, in *Cass. pen.*, 9, 2016, 3094 ss.
173. MIERS D. - SEMENCHUK M., *Victim Offender Mediation in England and Wales*, in *Victim Offender Mediation with Youth Offenders in Europe. An Overview and Comparison of 15 Countries*, A. Mestitz - S. Ghetti (a cura di), 30 ss.
174. MOCCIA S., *La mediazione come alternativa alla sanzione penale*, in *Mediazioni, conflitti e società complesse*, M. Ferrara - C. Pucciarelli - C. Troisi (a cura di), Avellino, 2006, 41 ss.
175. MOCCIA S., *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, in *Critica del diritto*, 4, 2004, 345.
176. MOCCIA S., *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.
177. MOCCIA S., *Il dover essere della penalità*, in *Giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, S. Moccia (a cura di), Napoli, 1998, 203 ss.
178. MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Sistematica teleologica e funzione della pena*, Napoli, 1992.
179. MOCCIA S., *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1006 ss.
180. MOCCIA S., *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1988.
181. MOCCIA S., *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Napoli, 1988.
182. MOCCIA S., *Contributo ad uno studio sulla teoria penale di G.W.F. Hegel*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 131 ss.
183. MORRIS A. - MAXWELL G., *Implementing Restorative Justice: what works?*, in *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, A. Morris - G. Maxwell (a cura di), Oxford, 2001, 267 ss.
184. MURRO O., *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, Milano, 2016.,

185. MURRO O., *Le condotte riparatorie e il giudice di pace. Una soluzione alternativa delle controversie penali?*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 12, 1521 ss.
186. MUZZICA R., *La confisca urbanistica in assenza di condanna tra Corte EDU e Corte Costituzionale*, in *Nel Diritto*, 6, 2015, 1122 ss.
187. MUZZICA R., *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, 3, 158 ss.
188. OKIN S. M., *Is multiculturalism bad for women?*, in *Is multiculturalism bad for women?*, S. M. Okin (a cura di), New York, 1999.
189. ORLANDI R., *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo* (Atti del convegno, Urbino, 23-24 settembre 2005), 2007, 182 ss.
190. NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006.
191. PADOVANI T., *Procedibilità e applicazioni, le differenze più nette*, in *Guida al diritto*, 2016, 8, 77 ss.
192. PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze, "Premio" e "Corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1986, 398 ss.
193. PADOVANI T., *La sospensione condizionale oltre l'orizzonte delle modifiche al sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1257 ss.
194. PAGLIARO A., *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 53, 1, 2010, 41 ss.
195. PALAZZO F., *Trasformazione o declino della sospensione condizionale della pena nel sistema penale italiano?*, in PALAZZO F. - BARTOLI R., *Certezza o flessibilità della pena*, Torino, 2007, 2 ss.
196. PALAZZO F., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1705 ss.
197. PALAZZO F., *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, G. Mannozi - G. A. Lodigiani (a cura di), Bologna, 2015, 67 ss.
198. PARISI F., *I confini della Restorative Justice nella più recente normativa europea sulla tutela della vittima: ragionevole attuazione di una victim - centred justice o inevitabile condanna al destino di Sisifo?*, in *Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*, M. F. Cortesi - E. La Rosa - L. Parlato - N. Selvaggi, (a cura di), 2015, 123 ss.
199. PARLATO L., *Il contributo della vittima fra azione e prova*, Palermo, 2012.
200. PEACHEY D., *The Kitchener Experiment*, in *Mediation and Criminal Justice. Victims, Offenders and Community*, M. Wright - B. Galaway (a cura di), Londra, 1989.
201. PICOTTI L., *Il nuovo volto del sistema sanzionatorio del giudice di pace: considerazioni conclusive*, in L. Picotti - G. Spangher (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e nuove pene non detentive*, Milano, 2003, 197 ss.
202. PONTI G. - MERZAGORA BETSOS I., *Compendio di Criminologia*, Milano, 2008.
203. PONZANELLI G., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 442 ss.
204. PORZIO M., *Sistemi punitivi e ideologie*, Napoli, 1965.
205. PULITANÒ D., *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 5 ottobre 2016.
206. RAFARACI T., *La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Criminalia*, 2010, 257 ss.
207. RECKLESS W. C., *The crime problem*, New York, 1967.
208. REGGIO F., *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, Milano, 2010.

209. RICCIO G., *L'editoriale*, in *Diritto e Giustizia Minorile*, 2015, 1, 1 ss.
210. RIZZO A., *Il risarcimento del danno come possibile risposta penale?*, in *Dir. pen. Proc.*, 1997, 10, 1171 ss.
211. ROBERTS J. V. – HOUGH M., *Public Attitudes to Punishment: The Context*, in *Changing attitudes to punishment: public opinion, crime and justice*, J. V. Roberts – M. Hough (a cura di), 1, 6, 2002.
212. ROBINSON G. - SHAPLAND J., *Reducing recidivism. A task for Restorative Justice?*, in *Brit. J. Criminol.*, 48, 2008, 337 ss.
213. ROBINSON P. H., *The virtues of Restorative processes, the vices of "Restorative Justice"*, in *Utah Law Review*, 2003, 1, 375 ss.
214. ROMANO M., *"Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 39 ss.
215. ROXIN C., *Ha un futuro il diritto penale?*, in *Crit. Dir.*, 1998, 240 ss.
216. ROXIN C., *La posizione della vittima nel sistema penale*, in *Ind. pen.*, 1989, 5 ss.
217. ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, 2^a ed., 1973, trad. it. S. MOCCIA, Napoli, 1986.
218. ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 5 ss.
219. RUGA RIVA C., *I nuovi ecoreati*, *Commento alla legge 22 maggio 2015*, N. 68, Torino, 2015.
220. SANTAMARIA D., *Il fondamento etico della responsabilità penale*, Siena, 1963.
221. SBRICCOLI M., *Giustizia criminale*, in *Storia del diritto penale e della giustizia in Europa*, I, 2009, 4.
222. SBRICCOLI M., *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in M. Bellagamba - G. Schwerhoff - A. Zorzi (a cura di), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*, Bologna, 2001, 350.
223. SHERMAN W. L., STRANG H., *Restorative Justice: The Evidence*, Londra, 2007.
224. SHERMAN L., *Defiance, Deterrence and Irrelevance: A Theory of the Criminal Sanction*, in *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 1993, 30, 445 ss.
225. SKELTON A. - FRANK C., *Conferencing in South Africa: Returning to our Future*, in *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, A. Morris - G. Maxwell (a cura di), Oxford, 2001, 103 ss.
226. SPANGHER G., *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015,
227. STRANG H. – SHERMAN L. – ANGEL C. – WOODS D. – BENNETT S., *Victim Evaluations of Face-To-Face Restorative Justice Conferences: A Quasi-Experimental Analysis*, in *Journal of Social Issues*, 62, 2006, 292 ss.
228. TABASCO G., *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Archivio penale*, 2015, 1, 1 ss.
229. TIGANO S., *Giustizia riparativa e mediazione penale*, in *Rass. Penit. Crim.*, 2006, 25 ss.
230. TRAPANI M., *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch. Pen.*, 1, 2017, 22 febbraio 2017, 1 ss.
231. TURCHETTI S., *Sub art. 35 28 agosto 2000 n. 274*, in E. Dolcini - G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2006, p. 5583 ss.
232. TURNER J. C. – HOGG M. A. - OAKES P. J. – REICHER S. D. – WETHERELL M. S., *Rediscovering the Social Group: A Self-Categorization Theory*, Londra, 1987.
233. UMBREIT M., *Restorative Justice through Juvenile Victim-Offender Mediation*, in *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, G. Bazemore - L. Walgrave (a cura di), 1999.

234. UMBREIT M., *Crime and Reconciliation: Creative Options for Victims and Offenders*, Nashville, 1985.
235. UTHEIM R., *Restorative Justice, Reintegration, and Race: Reclaiming Collective Identity in the Postracial Era*, in *Anthropology and Education quarterly*, 45, 4, 2014, 355 ss.
236. VALLAURI L. L., *Dimensionamenti della retribuzione*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, G. Mannozi - G. A. Lodigiani (a cura di), Bologna, 2015, 45 ss.
237. VAN NESS D., *New Wine and Old Wineskins: Four Challenges of Restorative Justice*, in *Criminal Law Forum*, 1993, 4, 251 ss.
238. VAN NESS D., *Crime and Its Victims: What We Can Do*, Leicester, 1986.
239. VIANELLO F., *Mediazione penale e diritto tra informalità ed formalizzazione*, in Pisapia G.V., (a cura di), *Prassi e Teoria della mediazione*, Padova, 2000, 130 ss.
240. VICOLI D., *La mediazione nel contesto della fase esecutiva: spunti per un inquadramento sistematico*, in *Cass. Pen.*, 1, 2015, 382 ss.
241. VIGANÒ F., *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1300.
242. VON HIRSCH A. - ASHWORTH A. - SHEARING C., *Specifying aims and limits for Restorative Justice. A "making amends" model?*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, Von Hirsch A. - Roberts J. - Bottoms A. E. - Roach K. - Schiff M. (a cura di), Oxford e Portland, 2003, 21 ss.
243. WALGRAVE L., *Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice*, in *Washington University Journal of Law and Policy*, 36, 2011, 94.
244. WALGRAVE L., *Restorative Justice, Self - interest and responsible citizenship*, Cullompton, 2-3, 2008.
245. WALGRAVE L., *Integrating criminal justice and restorative justice*, in AA.VV., *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton - Portland, 2007, 559 ss.
246. WALGRAVE L., *Imposing restoration instead of inflicting pain: reflections on the judicial reaction to crime*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, Von Hirsch A. - Roberts J. - Bottoms A. E. - Roach K. - Schiff M. (a cura di), Oxford e Portland, 2003, 61 ss.
247. WALGRAVE L., *On Restoration and Punishment: favourable similarities and fortunate differences*, in *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, A. Morris - G. Maxwell (a cura di), Oxford, 2001, 17 ss.
248. WALGRAVE L., *How pure can a maximalist approach to restorative justice remain? Or can a purist model of restorative justice become maximalist?*, in *Contemporary Justice review*, 2000, 3(4), 416.
249. WALGRAVE L., *La Justice Restaurative: à la recherche d'une theorie et d'un programme*, in *Criminologie*, XXXII, 1, 1999, 7 ss.
250. WIESNET E., *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita*, 1980, trad. it. L. Eusebi, Milano, 1987.
251. WRIGHT M., *What the Public Wants*, in *Mediation and criminal justice: victims, offenders and community*, M. Wright - B. Galaway (a cura di), 1989, 264.
252. ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.
253. ZEHR H., *Changing Lenses: A New Focus for Criminal Justice*, Scottsdale, 1990.